This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

GERMANY
Periodicals

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

Theorie und Praxis

des

Allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Zwölfter Band.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

Theorie und Praxis

des

Allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten

herausgegeben

von

Dr. F. B. Busch,

Großherzogl. Sächsischem und Fürstl. Schwarzburgischem Appellationsgerichtsvicepräsidenten a. D.

Zwölfter Band.

Nebst Sach- und Quellenregister zu diesem Bande.

Leipzig,

Arnoldische Buchhandlung.

1868.

Digitized by Google

Rec. Nov. 28, 1883.

Digitized by Google

Inhalt des zwölften Bandes.

Fortsetzung der Zusammenstellung handelsrechtlicher Entscheidungen aus verschiedenen deutschen Staaten.

Seite

Königreich Sachsen 1

Großherzogthum Baden. Von Hrn Kreisgerichtsdirector Dr. Puchelt in Baden-Baden 25

Unter dem Oberappellationsgerichte zu Jena vereinigte Staaten 30

Königreich Preußen. Aus der Praxis des Obergerichts zu Cassel . 43

Abhandlungen.

I. Beantwortung der Frage: „Inwieweit haftet der Uebernehmer einer Handelsfirma für die Handelsschulden des früheren Inhabers dieser Firma nach den Vorschriften des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs?" und Vorschläge zur gesetzlichen Regelung dieser Frage. Von Herrn Appell.-Gerichtsrath von Kräwel in Naumburg . 48

II. Ueber die stillschweigende Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters. Von Herrn Dr. Anschütz, ord. Professor der Rechte in Halle 75

III. Die Bürgschaft für eine Contocurrentforderung. Von Herrn Stadtgerichtsrath Dr. Wolff in Frankfurt a. M. 83

IV. Abrede in den Schlußzetteln der Berliner Börse, daß der vertragsmäßig festgesetzte Lieferungstermin für beide Theile augenblicklich abgelaufen sein soll, wenn einer der Contrahenten durch Zahlungseinstellung unfähig wird seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Von Herrn Stadtgerichts-Rath Keyßner in Berlin 101

V. Excurse zu einigen Theilen des Seerechts. Von Herrn Appellationsrathe a. D. Ritter Ackermann zu Dresden. 4. Lieferung . 105

VI. Der preußische Gesetzentwurf, betreffend die Pflichten der Handelsmäkler. Von Herrn Stadtgerichts-Rath R. Koch in Berlin . . 134

Literärische Umschau 149

Digitized by Google

Fortsetzung der Zusammenstellung handelsrechtlicher Entscheidungen aus verschiedenen deutschen Staaten.

Seite

Oesterreich. Mitgetheilt von Dr. Hermann Blodig, o. ö. Professor am k. k. polytechnischen Institute in Wien 151

Königreich Preußen. Zwölfte Zusammenstellung 209

I. Aus dem älteren Staatsgebiete der Monarchie 219

II. Die durch die Gesetze vom 20. Septbr. und 24. Decbr. 1866 mit dem Königreich Preußen vereinigten Landestheile 382

a. Bezirk des Appellationsgerichts Frankfurt a. M. . . 382

b. Bezirk des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden . . 403

Unter dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck vereinigte Staaten . . . 408

Literärische Umschau 484

Digitized by Google

Fortsetzung der Zusammenstellung handelsrechtlicher Entscheidungen aus verschiedenen deutschen Staaten.

Königreich Sachsen.

Zu Art. 52 und 55.

Der Kläger muß darthun, daß der Beklagte alleiniger oder Mitinhaber der Firma sei.

Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., 27. Bd., S. 497.

Die vorliegende Klage ist gegen den Beklagten „als Inhaber der Firma ꝛc." gerichtet. Da dieß mit rechtlicher Nothwendigkeit voraussetzt, daß das libellirte Kaufgeschäft in einer Weise abgeschlossen worden, welche geeignet gewesen, die gedachte Firma verbindlich zu machen, so kann das Anführen der Klage: „Beklagter habe die Waare bei dem Kläger bestellt," nicht, wie Letzterer will, dahin verstanden werden, es habe der Beklagte die Bestellung mit der ausgesprochenen oder erkennbaren Absicht, für seine Person zu contrahiren, gemacht; denn es wäre dann nicht abzusehen, wie Klägerin dazukomme, die persönliche Verbindlichkeit des Beklagten der gedachten Firma, als deren Inhaber Beklagter eben belangt wird, aufzuerlegen. Denkbar bleibt zwar, daß Beklagter neben einander die Firma und sich für seine Person verpflichtet habe, und eben so ist nicht ausgeschlossen, daß Beklagter, wenn er auch für die Firma contrahirt, doch für seine Person verbindlich geworden sei. Allein in dem einen, wie in dem anderen Falle müssen doch bestimmte Thatsachen vorliegen, welche eine concurrirende, beziehentlich subsidiäre Verbindlichkeit des Beklagten ergeben — Art. 52 u. 55 — und von solchem enthält die Klage nichts. Zudem ist aber auch aus derselben

Digitized by Google

nicht einmal zu entnehmen, daß Beklagter durch die Empfangnahme beziehentlich Verwendung der Waaren persönlich verbindlich geworden sei; im Gegentheil läßt die Rechnung keine andere, als die Auslegung zu, daß die Waare an die Firma M., obwohl unter Beifügung des Namens des Beklagten — möglicher Weise mit der Absicht der Bezeichnung des Letzteren als Firmeninhaber — abgesendet worden sei. Es bedarf aber keiner ausführlichen Darlegung, daß der Beklagte, wenn er die also ihm zugegangene, für die Firma von ihm bestellte Waare angenommen und für die Letztere verwendet haben sollte, dadurch weder allein ex certo, noch ex dolo haftbar geworden sein würde, hierzu vielmehr eine genaue thatsächliche Begründung erforderlich gewesen wäre.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 24. Aug. 1866.

Zu Art. 66—87.

Zeugnisse der Commissionäre der Oel- und Productenbörse zu Leipzig sind nicht öffentliche Urkunden.

Annalen, N. F., 1. Bd., S. 547.

Dieser Grundsatz galt schon vor dem H.-G.-B. — Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., S. 337; Wochenblatt f. merkwürd. Rechtsfälle, 1850, S. 69. — Das Gesetz v. 21. Sept. 1833, die Beweiskraft der Schlußzettel ꝛc. der Mäkler ꝛc., enthält nur Bestimmungen in Ansehung der in Leipzig angestellten Mäkler, und ist daher nicht auf andere Mäkler auszudehnen. Zu Gunsten der in der Ueberschrift genannten Commissionäre ist aber aus dem Decrete vom 9. Oct. 1848 und 7. April 1853, die Bestätigung der Statuten der Oelhandelsbörse zu Leipzig betr., etwas nicht zu entnehmen. Nun ist zwar durch die Einführ.-Verordnung vom 30. Oct. 1861, § 6 ein Theil der Vorschriften des Gesetzes v. 21. Sept. 1853 aufgehoben worden, und dafür Art. 77. 78 u. 81 des H.-G.-B. getreten. Allein in § 7 der Einf.-Verordnung ist ausdrücklich gesagt, daß die Vorschriften in Art. 66 flg. nur auf die Mäkler Anwendung finden sollen, deren Schlußnoten und Büchern in der von der Regierung bestätigten Mäkler- und Börsenordnung Beweiskraft beigelegt sei oder beilegt werde.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 23. Nov. 1865.

Digitized by Google

Zu Art. 85 bis mit Art. 89.

Beginn der Existenz einer Handelsgesellschaft.

Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc., N. F., 29. Band, S. 237 flg.

Die Beklagten hatten sich zu dem gemeinschaftlichen Betriebe eines Maschinenfabrikunternehmens unter der zu diesem Zwecke anzunehmenden Firma Beyer & Comp. vereinigt. Damit ist der Societätsvertrag unbezweifelt zur Existenz gelangt, und es ist daraus allein, daß die Contrahenten die Firma als eine „zu diesem Zweck anzunehmende" bezeichnet haben, mit Sicherheit nicht auf die Absicht zu schließen, erst künftig, beziehentlich mit Beginn des wirklichen Fabrikationsbetriebes die erwählte Firma als die der Gesellschaft gelten lassen zu wollen; von einer bereits angenommenen Firma konnten die Contrahenten in dem Augenblicke der Einigung darüber ohnehin nicht sprechen. — Das Oberappellationsgericht zu Dresden führt nun in den Gründen seines Erkenntnisses v. 17. Mai 1866 das Weitere aus, und schließt dann: Hat daher Beklagter B. mit dem Kläger, in Bezug auf das für die Societät zu erbauende Fabrikgebäude, einen Vertrag ꝛc. abgeschloffen, so hat er in seiner Eigenschaft, als durch die Firma legitimirter Vertreter der Gesellschaft, die Letztere in allen ihren Theilhabern verbindlich gemacht.

Zu Art. 122.

Absonderungsrecht der Privatgläubiger eines Socius.

Annalen, N. F., 1. Bd., S. 555.

Betrachtungen darüber, ob die Bestimmungen in § 11 des Einf.-Gesetzes v. 30. Oct. 1861 mit dem Interesse des Handelsstandes und mit der Idee der solidarischen Verpflichtung der Handelsgesellschafter vereinbar seien, sind an sich, der klaren gesetzlichen Disposition gegenüber, nicht am Orte, und soweit sie dazu dienen sollen, Bedenken gegen die von den Instanzen angenommene Auslegung und Anwendung dieser Disposition zu erregen, nicht einmal zutreffend. — Die solidarische Haftung der Handlungsgesellschafter enthält eine Eigenthümlichkeit, in Bezug auf die Person der mehreren Verpflichteten, insofern Jeder derselben nicht pro rata, sondern für den ganzen Betrag der Schuld haftet, nicht aber in Bezug auf die Vermögens-

Digitized by Google

objecte, mit welcher der Einzelne für seine Schuldverbindlichkeit aufzukommen hat; im Zweifel und sofern nicht besondere vertragsmäßige oder gesetzliche Modificationen einschlagen, hat jeder Schuldner mit seinem ganzen Vermögen und ohne Beschränkung auf einzelne Bestandtheile dem Gläubiger aufzukommen, und solidarisch verpflichtet in diesem Sinne war daher bis zum Inslebentreten des H.-G.-B.s der Handlungsgesellschafter seinen Privatgläubigern nicht weniger, als seinen Handlungsgläubigern. — Das H.-G.-B. hat dieß geändert, indem es entweder von der Idee der juristischen Person der Handlungsgesellschaft beeinflußt, oder, von der Absicht einer Begünstigung des Handelsverkehrs geleitet, eine Scheidung der einzelnen Vermögenstheile des Gesellschafters in Gesellschafts- und Privatvermögen eingeführt, und auf das erstere die Gesellschaftsgläubiger, mit Ausschluß der Privatgläubiger, ihrer Befriedigung halber angewiesen hat. — An sich leitet die consequente Durchführung der hierbei zu Grunde liegenden Anschauung, daß der Gesellschaftsgläubiger in Beziehung auf das Gesellschaftsvermögen contrahire — merci magis, quam ipsi credidit — schon von selbst zu der Folgerung hin, daß der Privatgläubiger voraussetzlich in Beziehung auf das Privatvermögen contrahire; zum Mindesten kann es in keiner Weise als auffallend betrachtet werden, wenn die sächsische Particulargesetzgebung diese Folgerung gezogen, und dem gemäß den Privatgläubigern ihrer Befriedigung halber vorzugsweise das Privatvermögen zugewiesen hat. — Ob dadurch mittelbar die Gesellschaftsgläubiger ungünstiger gestellt werden, als es im Zwecke der verfügten Absonderung des Gesellschaftsvermögens gelegen hat, kann auf sich beruhen; jedenfalls würden die Privatgläubiger durch diese Absonderung wesentlich benachtheiliget werden, wenn sie nun auch bei dem Privatvermögen blos als Gleichberechtigte mit den Gesellschaftsgläubigern concurriren dürften. — Die billig mäßige Ausgleichung ist es aber eben, welche das Einführungsgesetz beabsichtiget, und mit diesem Zwecke stehen dessen Bestimmungen in § 11*) in der dargelegten Auffassung vollkommen im Einklange.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 15. März 1866.
(Archiv, 4. Bd., S. 39 flg.; 8 Bd. S. 189 flg.)

*) Daß bei einem Concurse über das Vermögen einer Gesellschaft zugleich über das Vermögen jedes persönlich haftenden Gesellschafters Concurs zu er-

Digitized by Google

Zu Art. 274 und 277.

Was bedeuten die Worte „im Zweifel?" Zum Begriff „Handelsgeschäft."

Annalen, N. F., 1. Bd., S. 368 und Zeitschrift für Rechtspflege, N. F., 28. Bd., S. 224.

Abgesehen davon, daß diese Worte nicht blos auf solche Fälle sich beziehen, in welchen ein Zweifel wirklich ausgesprochen wird, oder zu Tage tritt, sondern im Allgemeinen anzeigen, daß bis zum Beweis des Gegentheils anzunehmen sei, daß alle von einem Kaufmann geschlossenen Verträge als zum Betriebe des Handelsgeschäfts gehörig anzusehen seien, hat sich Kläger blos mit der Begründung der Behauptung beschäftiget, daß das Darlehnsgeschäft, zu dessen Abwickelung der Gemeinschuldner dem Beklagten die jetzt überlieferten Waaren reclamirt hat, auf des Beklagten Seite als Handelsgeschäft nicht angesehen werden könne. Daß ein Gleiches auch auf Seiten des Gemeinschuldners der Fall sei, ist nachzuweisen nicht versucht worden, und bei diesem ergreift daher die Vermuthung Platz, daß er das bei Beklagtem entnommene Darlehn zum Betriebe seines Handelsgewerbes aufgenommen habe. Das allein reicht aber nach Art. 277 schon hin, um das Geschäft als Handelsgeschäft für beide Theile beurtheilen zu lassen.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 2. Nov. 1865.

Zu Art. 277.

Das Rechtsverhältniß „einseitiger" Handelsgeschäfte.

Annalen, N. F., 2. Bd., S. 24.

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Lieferungskauf stellt sich als ein sogenanntes einseitiges Handelsgeschäft dar, indem zwar Kläger Kaufmann ist, welcher, als solcher, den Umsatz von Porzellanwaaren betreibt, Beklagter aber nicht Kaufmann ist, und das Tafelservice zum eigenen Gebrauch und nicht zum Zwecke des Wieder-

---

öffnen ist; — daß den Privatgläubigern derselben ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen zusteht, und daß der Concurs über das Vermögen sämmtlicher Gesellschafter an sich die Eröffnung des Concurses über das Gesellschaftsvermögen nicht zur Folge hat. —

Digitized by Google

verkaufs vom Kläger erkauft hat. Beklagter bestreitet nun mit Rücksicht auf seine Eigenschaft als Nichtkaufmann nicht nur die Zulässigkeit des Anspruchs des Klägers auf Verzugszinsen in der Höhe von 6 %, sondern auch die Anwendbarkeit der vom Civilrechte abweichenden strengen, nach seiner Ansicht lediglich für den Handelsstand berechneten Vorschriften im Art. 347 u. 349 auf ihn, als Privatmann. — Da jedoch ein und dasselbe Rechtsgeschäft nicht für den einen Contrahenten nach gemeinem Civilrecht, und für den andern nach Handelsrecht beurtheilt werden kann, so entsteht die Frage, ob auf einseitige Handelsgeschäfte, und namentlich Realisationsgeschäfte der Kaufleute mit Consumenten die Vorschriften des Civilrechts, wie von Brinckmann im Archiv f. civilist. Praxis, 32. Bd., S. 373. 340. 391 vorgeschlagen worden, oder die Bestimmungen des Handelsrechts anzuwenden seien. Die Frage ist im Art. 277 dahin entschieden worden, daß zwar nicht die handelsrechtlichen Vorschriften, soweit sie sich auf das Personen- und Gesellschaftsrecht beziehen, wohl aber die Vorschriften des die Handelsgeschäfte betreffenden 4. Buchs des H.-G.-B.s bei jedem Rechtsgeschäfte, welches auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft ist, auf beide Contrahenten gleichmäßig anzuwenden sind, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergibt, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nun auf denjenigen von beiden Contrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. — Zu den zuletztgedachten, lediglich zweiseitigen Handelsgeschäfte betreffenden Bestimmungen gehören aber weder die Vorschriften im Art. 287 u. 288 über die Höhe der Verzugszinsen und deren Anfangspunkt bei Handelsgeschäften, noch die Vorschriften im Art. 347 u. 349 (Ausstellungen an den übersendeten Waaren). Die Frage, ob die Eigenschaft des Käufers als Nichtkaufmann bei Auslegung der Worte des Art. 347: „ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange möglich ist," Einfluß zu äußern vermöge, kann erst nach geführtem Beweise des Beklagten erörtert und beantwortet werden, da vom Letzteren die Zeit, zu welcher das Service während seiner angeblichen Abwesenheit bei ihm eingegangen und Beklagter von der Reise zurückgekehrt ist, die Waare untersucht und dem Kläger zur Verfügung gestellt hat, nicht angeführt worden ist."

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 30. Nov. 1865.

Digitized by Google

Zu Art. 284.

Zur Lehre der Conventionalstrafe aus einem Dienstvertrage.

Annalen, N. F., 2. Bd., S. 166 und Zeitschrift für Rechtspflege, N. F., 28. Bd., S. 475.

Die Parteien hatten einen Vertrag geschlossen, nach welchem Kläger vom J. 1864 in den Dienst und das Geschäft Beklagtens treten, der diesen Vertrag verletzende Theil aber „außer den gesetzlichen Folgen" eine Conventionalstrafe von 500 Thlrn. zahlen sollte. Beklagter wies aber den sich meldenden Kläger fort und hinderte diesen am Antritt des Dienstes. — Daß Kläger berechtigt sei, Conventionalstrafe und Honorar zu fordern, ergibt sich zwar nicht aus Art. 274, indem dieser Artikel darüber nichts bestimmt, namentlich durch dessen zweiten Absatz nur soviel hat ausgedrückt werden sollen, daß der Schuldner im Zweifel nicht die Wahl habe, ob er das Geschäft erfüllen, oder die Conventionalstrafe bezahlen wolle; mit anderen Worten, daß die letztere nicht als Reugeld aufzufassen sei. —

von Hahn, Commentar, 2. Bd. Zu Art. 284, § 3 u. 5. — Koch, allg. d. H.-G.-B., S. 297, § 37. —

Wohl aber folgt es aus den im Vertrage gebrauchten Worten: „außer den gesetzlichen Folgen." Es ist damit die Willensmeinung ganz offenbar dahin gegangen: es solle die Conventionalstrafe neben der Erfüllung des Vertrags gefordert werden können. Eine solche Verabredung ist vollkommen zulässig. — l. 113, § 2, D. de verb. obl. (45, 1); l. 16, D. de transact. (2, 15); l. 13, C. de transact. (2, 4); Glück, Commentar, 4. Bd., S. 540; Arndt's Lehrbuch d. Pandekten, § 211. —

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 26. Febr. 1866.

Zu Art. 307.

Zur Interpretation dieses Artikels.

Annalen, N. F., 1. Bd., S. 370.

Es ist nicht zutreffend, wenn Kläger annimmt, daß für Anwendung des Art. 307 jederzeit wenigstens ein Kaufmann concurriren müsse, da dann statt der Wortfassung: „nicht von einem Kauf-

Digitized by Google

manne in dessen Handelsbetriebe ꝛc." diese: „von einem Kaufmanne nicht in dessen Handelsbetriebe" erforderlich wäre. — Hiernach kommt darauf Etwas nicht an, ob Lotteriecollecteure an sich als Kaufleute zu gelten haben, oder nicht.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 26. Juni 1865.

Zu Art. 308, verb. mit § 17 des Einführ.-Gesetzes.

Zur Lehre von den Werthspapieren au porteur.

Annalen, a. a. O.

§ 17 des Einführ.-Ges. vom 30. Decbr. 1861 fällt unter die in Art. 308 gedachten „günstigeren Bestimmungen." — Man hat nämlich § 16 jenes Gesetzes mit, und dabei zu berücksichtigen, daß eben durch letzteren §, in Bezug auf Vindication, gegen Art. 306. 307 in gewisser Beziehung günstigere Bestimmung des Gesetzes v. 8. Juni 1846, § 5, (Vermuthung der Redlichkeit des Besitzers von Creditpapieren) aufrecht erhalten werden soll. — Motiven zum Gesetz. Landtagsact. 1860/61, 1. Abth., 4. Bd., S. 151 flg., Mittheilungen der 2. Kammer, 4. Bd., S. 3661 —. Es hat also in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, das Princip jenes § 5 — Präsumtion des rechtmäßigen Besitzes, mit der Wirkung, daß den Verlustträger die Beweislast trifft — neben dem H.-G.-B. aufrecht zu erhalten, und es empfiehlt sich, wenn selbst darüber ein Zweifel obwalten sollte, ob diese Absicht klare Aussprache gefunden habe, die bejahende Antwort um so mehr, als dadurch die Rechtscontinuität zwischen dem älteren Rechte vor dem Handelsgesetzbuche und dem des bürgerlichen Gesetzbuches gewahrt ist.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 26. Juni 1865.

Zu Art. 313 flg.

Retentionsrecht.

Annalen, N. F., 1. Bd., S. 335.

Nach Art. 313 und 314 hat der Kaufmann wegen der fälligen und, wenn über das Vermögen seines Schuldners der Concurs eröffnet worden ist, sogar wegen der nicht fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen andern Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlosse-

Digitized by Google

nen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an allen beweglichen Sachen des Schuldners, die mit dessen Willen, auf Grund von Handlungsgeschäften, in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst noch in der Lage ist, darüber zu verfügen. — Ein derartiger Fall liegt nun eben hier vor. Nach der Klage ist nicht nur Beklagter Kaufmann, sondern es ist auch der Gemeinschuldner, welchen Kläger selbst als Mehlhändler bezeichnet hat, in dieser Eigenschaft dem Handelsstande beizuzählen. Es ist ferner diejenige Münzsammlung, deren Ausantwortung Kläger gegenwärtig fordert, dem Beklagten zur Sicherstellung eines Darlehns, welcher er dem Gemeinschuldner gewährt, und über das ihm dieser eine Wechselverschreibung ausgestellt hat, von dem gedachten Darlehnsempfänger als Faustpfand übergeben worden, und hiernach, einestheils mit Rücksicht auf die in Art. 273 und 274 enthaltenen Bestimmungen, davon auszugehen, daß die Forderung, zu deren Sicherstellung Beklagter die gedachte Münzsammlung übergeben erhalten, aus einem zwischen dem Beklagten und dem Gemeinschuldner geschlossenen Handelsgeschäft hergerührt habe, anderntheils ist aber auch anzunehmen, daß die in Rede stehende Münzsammlung auf Grund eines Handelsgeschäfts in den Besitz des Beklagten gelangt sei, und zwar, wie sich aus der Art der Verpfändung ohne Weiteres ergibt, mit dem ausdrücklichen Willen des Gemeinschuldners.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 13. Juni 1865.

Annalen, N. F., 1. Bd., S. 369.

Daß Beklagter auf das ihm auf Grund der gesetzlichen Bestimmung in Art. 273 zustehende Retentionsrecht nicht ausdrücklich Bezug nommen hat, hindert den erkennenden Richter nicht, dasselbe anzuerkennen, thatsächlich macht es Verklagter durch Verweigerung der Herausgabe der Waare geltend und bei Prüfung der Berechtigung zu dieser Verweigerung ist der Richter nicht an die Argumentation der Parteien gebunden.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 2. Nov. 1865.

Digitized by Google

Zu Art. 337 flg.

Probe, um dem Besteller über die Beschaffenheit der Waare Kenntniß zu schaffen, begründet Handel nach Probe.

Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc., N. F., 28. Bd., S. 8, und Annalen, N. F., 1. Bd., S. 377.

Nach der vom Oberappellationsgerichte ausgesprochenen Ansicht — Zeitschrift für Rechtspflege ꝛc., N. F., 20. Bd., S. 155; 26. Bd., S. 253; Annalen, 8. Bd., S. 351 — kann ein „Handel nach Probe" nur dann angenommen werden, wenn der Kauf auf Grund einer vorgelegten Probe dergestalt abgeschlossen worden ist, daß der Verkäufer sich verpflichtet hat, eine dieser Probe entsprechende Waare zu liefern. Aus der von Beklagtem insoweit eingeräumten Klage ergibt sich jedoch nur soviel, daß vom Kläger dem Beklagten, auf dessen Verlangen, Proben zu dem Zwecke vorgelegt worden sind, damit Letzterer in den Stand gesetzt werde, zu beurtheilen, ob er mit dem Kläger in Geschäftsverbindung trete. Denn diese Absicht Beklagtens ist in dem in der Klage erwähnten Briefe, in welchem Letzterer den Kläger um Uebersendung von Proben Griesler Auszugmehles zu dem Zwecke gebeten hat, um eventuell Bestellungen hierauf zu machen, ausdrücklich ausgesprochen. Nachdem nun vom Kläger dergleichen Proben übersendet worden sind, hat der Beklagte in einem Briefe, unter dem Bemerken, daß er mit der Qualität des klägerischen Griesler Auszugsmehles befriedigt sei, um Mittheilung des billigsten Preises, bei Partien von 30 bis 50 Centnern, gebeten, und auf die briefliche Anzeige Klägers, daß er für den Centner ꝛc. feinster und bester Qualität $3^2/_3$ Thlr. fordere, mittelst Briefs 60 Centner ꝛc. feinster und bester Qualität bestellt. — Zufolge dieser Sachdarstellung (des Klägers) hat Beklagter nicht eine von den ihm übersendeten verschiedenen Proben ausgewählt und verlangt, daß Kläger ihm Waare, welche dieser auserwählten bestimmten Probe entspreche, zuschicke, sondern sich begnügt, im Allgemeinen 60 Centner „Griesler Auszugsmehl bester und feinster Qualität" zu bestellen, so daß die erbetene Vorlegung der Proben lediglich zum Zwecke der Orientirung des Käufers über die Beschaffenheit der Waaren des Verkäufers erfolgt — Art. 337 — und nicht ein Handel nach Probe im Sinne des

Digitized by Google

Art. 340, sondern ein gewöhnlicher Kaufvertrag, bei welchem jedoch eine bestimmte Sorte Griesler Auszugsmehl als Kaufsobject bezeichnet worden, abgeschlossen worden ist.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 1. Sep. 1865.

Vgl. auch Archiv, I. Bd., S. 405; III. Bd., S. 340; IV. Bd., S. 507; VI. Bd., S. 251; VIII. Bd., S. 319; IX. Bd., S. 194.

Zu Art. 338 und Art. 360.

Lieferungskauf und Commissionsgeschäft.

Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., 29. Bd., S. 277.

Lieferungskauf ist kein Commissionsgeschäft. Wenn beim Lieferungskaufe dem Verkäufer auch nachgelassen bez. überlassen wird, sich erst durch Einkauf in den Besitz des Verkauften zu setzen, so handelt der Verkäufer bei diesen Einkäufen doch nur im eigenen Interesse, und der Gewinn oder der Verlust, den er dabei hat, berührt seinen Abkäufer nicht. Beim Commissionsgeschäfte dagegen bildet der Einkauf vom Dritten die Regel, und die Ueberlassung eigner Waare an den Committenten wird nur durch die Fiction zulässig, daß der Einkaufscommissionär gleichzeitig in der doppelten Eigenschaft des beauftragten Einkäufers des Committenten und des an diesen verkaufenden Dritten aufgefaßt wird.

Erk. des Ob.-App.-Ger. zu Dresden vom 21. Juni 1866 in S. Eggers c. Leutner.

Zu Art. 342. 345.

Zur Lehre von der Uebergabe verkaufter Waaren.

Annalen, N. F., 2. Bd., S. 169.

Kläger hatte sich am 13. Oct. 1862, nachdem er mit dem Mitinhaber der von dem Beklagten vertretenen fallirten Handlung über den Preis des Oleins,*) wovon im Ganzen 300 Centner von ihm bestellt, und 100 Centner auch bereits an ihn abgesendet waren, sich geeiniget, auch, wie es scheint, bei dieser Gelegenheit den Kaufpreis bezahlt gehabt, persönlich in die Fabrik der Handlung verfügt, offenbar zu dem

*) Olein, eine Vermischung der Oleinsäure oder Oelsäure mit Glycyloxyd, wird in Stearinkerzenfabriken als Nebenproduct gewonnen, und bei der Seifenbereitung und beim Einfetten der Wolle benutzt.

Digitized by Google

Zwecke oder in der Absicht, die noch rückständigen zu übernehmen bez. deren Absendung zu vermitteln. Dort wurden ihm von dem Buchhalter A. die betreffenden 200 Centner, wo nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch der Sache nach zur Verfügung gestellt, und daß A. dieß im Einverständnisse mit dem Willen seiner Principale gethan, ist nicht nur an sich in Beziehung auf dessen Stellung präsumtiv, sondern auch von Beklagtem zugestanden. — Nun konnte zwar Kläger dieses Olein nicht sofort persönlich übernehmen und dessen Absendung bewirken, weil es in der Fabrik an den nöthigen Gefäßen fehlte, allein um dieses Hinderniß zu beseitigen, ließ Kläger am 18. Oct. 12 Fässer in die Fabrik schaffen. — Wenn man erwägt, daß der Zweck der von Klägern angeschafften und in die Fabrik gesendeten Fässer offenbar kein anderer war und den Umständen nach sein konnte, als der, daß dadurch das der Verabfolgung des gekauften und bezahlten Oleins entgegengestandene Hinderniß beseitiget, nunmehr also das Olein in diese Fässer gefüllt und an ihn abgesendet werde, und daß hierüber auch die Käufer sich nicht in Unkenntniß oder Zweifel befinden konnten; so spricht sich in der ersteren Thatsache — der Uebersendung der Gefäße — das Verlangen des Klägers, damit seiner Absicht gemäß zu verfahren, und in der hierauf auch erfolgten Verwendung derselben zu dem beabsichtigten Zwecke durch die Verkäufer oder auf deren Anordnung, deren Einverständniß mit diesem Verlangen aus. — Wenn dann weiter die gefüllten 12 Fässer von der Fabrik mit Frachtbrief unter Klägers Adresse an die Eisenbahn abgesendet worden, so muß folgerichtig auch diese Aufgabe als im Auftrage und für Klägern von Seiten der Verkäufer bewirkt angenommen werden.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 6. März 1866.

Zu Art. 347. 349.

Prüfung und Dispositionsstellung der Waare.

a.

Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., 28. Bd., S. 236.

Da es sich um eine Waare handelt, welche dem Beklagten von einem andern Orte übersendet worden ist, so ist Kläger des Nachweises, daß er dem Beklagten die von diesem bestellte Sorte Corinthen geliefert habe, überhoben, wenn Beklagter es unterlassen haben sollte,

Digitized by Google

nach Maßgabe Art. 347 und 349 die Waare sofort nach Empfangnahme derselben, soweit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich gewesen, zu untersuchen und zur Disposition zu stellen. In gegenwärtigem Falle liegt zwischen dem Tage des zugestandenen Empfanges der Waare und dem der Klaganstellung ein mehr als 6 monatlicher Zeitraum, so daß von Beklagtem, nach Art. 349, Abs. 3, der Nachweis zu führen ist, daß die vorgeschützte Einrede der vertragswidrigen Beschaffenheit durch den Ablauf der Verjährungsfrist — Art. 349 — nicht erloschen, vielmehr durch rechtzeitige Untersuchung und Dispositionsstellung der Waaren aufrecht erhalten worden sei, indem dieser Ausflucht die liquide Verjährung entgegensteht, und deßhalb die Bezugnahme des Beklagten auf Unterbrechung dieser Verjährung mittelst rechtzeitiger Untersuchung den Charakter einer Duplik annimmt, rücksichtlich welcher Beklagten die Beweislast trifft — Annalen, 8. Bd., S. 475 —. Die Zeit der Absendung der Waare läßt sich nicht ersehen. Nur wird zufolge einer allgemeinen Handelssitte in der den auswärtigen Abnehmern mitgetheilten Factura, je nachdem die Verkäufer sich der Absendung unterzogen, oder die Waare in Verwahrsam behalten hat, das deshalb Nöthige bemerkt, z. B. „daß die Waare für Rechnung des Käufers verladen sei, oder verladen werde." — Stern, Arch. für d. Wechselrecht, 7. Bd., S. 33. 34. — In der vorliegenden Factura sind die Worte: „Halte 1 Monat fco. f. Lager" gesetzt worden, womit hat ausgedrückt werden sollen, daß Kläger die Waare am 12. Mai 1865, für Rechnung Beklagtens, auf sein Lager genommen habe ꝛc. Hieraus ergibt sich, daß die Worte der Klage: „daß Beklagter die Waaren zu der in der Factura angegebenen Zeit geliefert erhalten," nicht auf die Absendung der Waaren, sondern auf die Ausscheidung derselben und deren Aufbewahrung für Rechnung des Beklagten zu beziehen sind ꝛc. Die bloße Ausscheidung, Facturirung und Aufbewahrung kann aber die wirkliche Tradition nicht ersetzen, weil der auswärtige Käufer erst nach der Empfangnahme im Stande ist, die Art. 347 vorgeschriebene Prüfung vorzunehmen — Archiv ꝛc., 3. Bd., S. 91, 5. Bd., S. 468 —. Aus diesen Gründen kann dem Beklagten der Beweis der Ausflucht der rechtzeitigen Dispositionsstellung nicht versagt werden. Es war daher auf den angetragenen Eid zu erkennen."

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 9. Nov. 1865.

Digitized by Google

b.

Ganz in derselben Weise entschied das k. Ob.-App.-Ger. in einem in den Annalen ꝛc., N. F., 2. Bd., S. 23 unter 3 mitgetheilten Erkenntniß vom 30. Nov. 1865.

c.

Annalen, a. a. O., S. 66.

Wenn Beklagte die Behauptung, daß sie über die gelieferte Waare durch Verarbeitung verfügt haben, durch Leistung des Delatums ablehnen, und die behauptete rechtzeitige Dispositionsstellung beweisen, dann ist kein Grund vorhanden, Klägern mit dem Beweise probemäßiger Lieferung zu verschonen und den Beweis der Unprobemäßigkeit den Beklagten aufzubürden. — Die 1. Instanz ist dabei, unter der Beistimmung der 2. Instanz, von der Ansicht ausgegangen, daß Beklagte, indem sie den Uebergang der Waare von der transportirenden Eisenbahn auf den städtischen Lagerhof geschehen ließen, was, nach den einschlagenden Verhältnissen, gar nicht ohne Einwilligung habe geschehen können, deren Besitz übernommen, und dadurch, rücksichtlich der behaupteten Nichtgewährung der vertragsmäßigen Qualität der Contractserfüllung, processualisch beweispflichtig geworden seien. Nun ist zwar zuzugeben, daß die Beweislast, rücksichtlich der Vertragserfüllung, von dem Verkäufer auf den Käufer namentlich dann übergehen könne, wenn nach den einschlagenden Umständen anzunehmen ist, daß der Käufer sich thatsächlich damit einverstanden erklärt habe, daß die Waare als geliefert gelten und der Handel wegen Probewidrigkeit nicht aufgelöst werden soll — Annalen, 6. Bd., S. 266 —, wie denn auch der ähnlichen Bestimmung des (sächsischen) bürgerl. Gesetzbuches § 863 das Princip zum Grunde liegt, daß derjenige, welcher die Leistung annimmt, dadurch bis zum Beweise des Gegentheils die Leistung als geschehen anerkennt — Specielle Motiven zu § 388 des Entwurfs des (gedachten) Gesetzbuches, S. 371, § 5 —*).

Allein die Thatsache, daß die Waare an den Käufer gekommen, oder in seinen Besitz gelangt ist, kann für sich allein diese Aenderung in der Beweislast offenbar nicht schlechthin herbeiführen, weil der

*) Vgl. auch Siebenhaar, Commentar zum b. G.-B., 2. Bd., S. 120.

Digitized by Google

Käufer bei Waaren, die sich nicht schon am Platze befinden, nicht eher, als nach der Zusendung und Ablieferung an ihn, deren Beschaffenheit zu untersuchen im Stande ist, mithin ein Factum, welches ihn erst zu der Erklärung darüber, ob er die Lieferung der Waare als vertragsmäßige Lieferung ansehen wolle oder nicht, befähigen soll, nicht ohne Weiteres dazu dienen kann, ihm zugleich das Recht auf die Erklärung zu entziehen. Wie daher die oben angezogene Bestimmung des „bürgerl. Gesetzbuchs" die Beweispflicht des die Lieferung annehmenden Contrahenten ausdrücklich von der Möglichkeit einer vorgängigen Untersuchung der Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes abhängig macht, so schreibt auch das H.-G.-B. Art. 343, in besonderer Beziehung auf den Käufer von Waaren, welche von einem andern Orte übersendet worden war, daß er die Waare ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich, zu untersuchen ꝛc.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 13. Juni 1866.

d.

Aehnlich erkannte auch das Ob.-App.-Ger. am 1. Sept. 1865. — Annalen, N. F., 1. Bd., S. 479.

Zu Art. 355. 357.

Das Wahlrecht bei der mora des Verkäufers.

Annalen, N. F., 1. Bd., S. 481.

Die obigen gesetzlichen Bestimmungen, welche die rechtlichen Folgen des Verzugs bei Lieferungsgeschäften betreffen, räumen dem Käufer, dem sich im Verzug befindenden Verkäufer gegenüber die Wahl ein, ob er die Erfüllung des Vertrags, oder an deren Statt Schadenersatz, wegen Nichterfüllung fordern will, ohne ihm, in Ansehung der Ausübung dieses Wahlrechts eine weitere Beschränkung aufzuerlegen, als daß er, wenn er auf Erfüllung bestehen will, dieß unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist dem anderen Contrahenten anzuzeigen habe. — Hiernach geht zwar der Käufer, welcher diese Anzeige rechtzeitig zu bewirken unterlassen hat, seines Wahlrechts insoweit verlustig, daß er nunmehr lediglich auf die Forderung von Schadenersatz, beziehentlich das Recht, vom Vertrage ganz zurückzutreten, beschränkt ist; dagegen enthält das Gesetzbuch keine Be-

Digitized by Google

schränkung dahin, daß der Lieferungsberechtigte auch die Forderung auf Schadenersatz nicht weiter solle geltend machen dürfen, wenn er dieß nicht innerhalb einer gewissen Frist dem Gegentheile angezeigt habe, oder daß er, wenn er nach dem Ablaufe der Lieferungszeit die Erfüllung vom Verkäufer noch vergeblich zu erlangen versucht, nunmehr den Schadenersatz nicht mehr geltend machen dürfe. — In der That wäre auch zu einer solchen Bestimmung eine genügende Veranlassung kaum vorhanden gewesen, indem zwar die dem Käufer, in Betreff des Anspruchs auf Erfüllung auferlegte Beschränkung auf der Absicht, dem Nichtsäumigen nicht allzugroße Vortheile auf Kosten des Säumigen zu gewähren, insbesondere demselben nicht die Möglichkeit zu gewähren, auf die Gefahr des Letzteren hin noch über die Lieferungszeit hinaus mit dem Lieferungsgegenstande zu speculiren, — Lutz, Protocolle, 3. Thl., S. 1412 — wegen der Gleichheit der beiderseitigen Rechte offenbar beeinträchtiget worden sein würde, wenn man dem Käufer, welcher dem säumigen Verkäufer die reelle Erfüllung noch nachträglich gestattete, dieselbe aber nicht zu erlangen vermochte, die sofortige Geltendmachung seines Anspruchs auf Schadenersatz im Rechtswege hätte versagen wollen.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 1. Juni 1865.

Zu Art. 357.

Die Bestimmung, daß erkaufte Waaren nicht vor einem gewissen Zeitpunkte zu liefern sein sollte, enthält keine festbestimmte Lieferungszeit im Sinne des Art. 357.

Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., 28. Bd., S. 234.

Unter den Parteien war verabredet, daß der eine Ballen des bestellten Garns nicht vor dem 24. Juni, der andere nicht vor dem 16. Juli geliefert werden solle. Das ist aber keine festbestimmte Lieferungszeit im Sinne des Art. 357, mit welcher im Wesentlichen die Vorschrift des (sächsischen) bürgerlichen Gesetzbuchs, § 865*)

*) Nach dieser Vorschrift gibt, wenn die Absicht der Vertragschließenden darauf gerichtet ist, daß die Lieferung zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu einer bestimmten Zeit und nicht später erfolgen soll, die Nichterfüllung des Vertrags zur bestimmten Zeit dem anderen Theile das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, und das etwa Geleistete zurückzufordern. Vgl. auch Siebenhaar, Commentar, 2. Bd., S. 121.

Digitized by Google

übereinstimmt, da weder nach dem Wortlaute der Verordnung, noch nach der aus der Beschaffenheit des Gegenstandes zu entnehmenden Absicht der Contrahenten erhellt, daß es bei der Lieferung auf Einhaltung eines genau bestimmten Zeitpunktes habe ankommen und die erst nach diesem Zeitpunkte stattfindende Erfüllung als vertragswidrige und unzulässige gelten sollen. Die fragliche Stipulation drückt überhaupt, wie schon bemerkt ist, nur negativ den Zeitpunkt aus, vor welchem Beklagter nicht zu der Lieferung verbunden, mithin auch Kläger, dieselbe zu fordern, nicht berechtiget sein sollen, ohne den Termin zu bezeichnen, mit welchem der Verzug des einen oder andern Theils ohne Weiteres für eingetreten zu achten sein würde, und wie daher auch die vom Beklagten verlangte Anwendung der Vorschrift in Art. 356 voraussetzen würde, daß Kläger durch eine in Gemäßheit dieser Vorschrift bewirkte Interpellation in Verzug gesetzt worden seien, so bedarf es keiner ausführlichen Darlegung, daß die vertheidigte Ansicht, es habe Beklagter durch die im Einlassungs- und Exceptionssatz erklärte Weigerung der Lieferung den Anforderungen im Art. 356 genügt, vollkommen irrig ist.

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 9. Nov. 1865.

Zu Art. 362.

Des Einkaufscommissionärs Beweislast der probemäßigen Geschäftsausführung.

Annalen, N. F., 2. Bd., S. 68.

Für die Entscheidung der Frage, ob das auftragswidrige Gebahren des Commissionärs oder Mandatars von der Art sei, daß der Auftrag als ganz unvollzogen oder nur als mangelhaft oder unvollständig erfüllt betrachtet werden dürfe, sind jedesmal die Umstände des concreten Falles, das Wesen und der Zweck des Auftrages nach der erkennbaren Absicht der Contrahenten auf der einen, und die Beschaffenheit der Ausführung auf der andern Seite in Betracht zu ziehen. — In dem gegenwärtigen Falle haben Beklagte in unzweideutiger Weise die Absicht ausgesprochen, durch das mit Jenen abgeschlossene Rechtsgeschäft 19 Seronen Havanna-Tabak von einer bestimmten, durch die ihnen zuvor übergebenen Muster nachgewiesenen Beschaffenheit zu erwerben. Wäre Kläger, wie nach der bekannten Modalität des dießfallsigen holländischen Verkehrs überhaupt und

Digitized by Google

insbesondere durch die Stipulation einer Commissionsgebühr gar nicht ausgeschlossen erscheint, in dem Verhältnisse zu dem Beklagten als bloße Zwischenhändler zu betrachten, so könnte seine Verpflichtung zur Lieferung mustergemäßen Tabaks, beziehentlich zu dem Nachweise mustergemäßer Beschaffenheit des Gelieferten keinen Zweifel unterliegen. — Die Bestellung ist ganz bestimmt und unzweideutig auf Beschaffung der vorgeschriebenen Qualität nach demjenigen Muster gegangen, welche Kläger selbst durch seinen Agenten den Beklagten als Grundlage für die zu machende Bestellung geliefert, und bei deren Vorlegung eine bereits gewisse, ihm bekannte Post Tabak im Auge gehabt hat ꝛc. Als vertragsmäßige Lieferung eine andere, als die ausdrücklich bestellte und vorgeschriebene Waare, anzunehmen, können Beklagte ebensowenig als Mandanten, wie als Käufer genöthiget werden, und wenn daher die Anschaffung von Waare der bedungenen Qualität und Güte nothwendig zu den vertragsmäßigen Verpflichtungen Klägers gerechnet werden muß, so kann sich Kläger auch nicht entbrechen, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit, soweit sie bestritten ist, nachzuweisen. Es gehört vielmehr dieser Nachweis zur Begründung seiner actio mandati contraria, weil der ihm ertheilte Auftrag nicht etwa blos als für mangelhaft und unvollständig, sondern überhaupt für nicht vollzogen oder unerfüllt gelten müßte — l. 5. pr. D. mand. vel contra (17. 1).

Erk. des O.-A.-G. Dresden vom 18. Jan. 1866.

Zu Art. 363.

Zur Lehre von dem dem Commissionär gesetzten Verkaufs-Limitum.

Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., 29. Bd., S. 276.

Der Kläger hatte am 4. März 1865 an die Beklagten bei Uebersendung von Garn zum Verkauf nach Manchester geschrieben: er ersuche sie dringend „solches sofort an den Mann zu bringen," und fügte dann hinzu: „und wenn Sie nur mindestens ab hier 90 Kreuzer (pro Pfund) machen können." Beide Sätze, nahm das Erkenntniß an, drücken zusammengenommen so viel aus: „dafern Sie wenigstens 90 Kreuzer pro Pfund erhalten können, verkaufen Sie sofort." Das ergibt sich zum Ueberfluß auch noch aus den ferneren Worten des Briefes: „Schlimmsten Falls ich das Garn

Digitized by Google

zurückziehen und den Rhein hinaufgehen lassen wollte," mit welchen Kläger doch sagen wollen: „Dafern nicht sofort mindestens 91 Kreuzer pro Pfund zu erlangen, wollte ich das Garn zurückziehen." Damit war dem Beklagten ein Verkaufs-Limitum gesetzt.

Erk. des Ob.-App.-Ger. zu Dresden vom 19. Juni 1866 in S. Lang c. Hoffmann & Kollmann.

Zu Art. 407.

Die Modalität des von einem Frachtführer zu bewirkenden öffentlichen Verkaufs eines Frachtstückes.

Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., 29. Bd., S. 263.

Nachdem sowohl Kläger als auch der Addressat die Disposition und bez. Annahme des vorstehend erwähnten beschädigten Fasses Leberthran verweigert hatten, verschritt die Eisenbahnverwaltung, in Gemäßheit § 16 des Reglements für den Vereinsgüterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen vom 1. März 1862 (vergl. Central-Organ, N. F., 1. Bd., S. 450 flg.), zur öffentlichen Versteigerung. Kläger wendete dagegen ein, daß die Veräußerung nur gerichtlich hätte geschehen dürfen. Das oben angezogene Erkenntniß aber wiederlegt diese Ansicht, da nach § 16 des angez. Reglements ausdrücklich jede weitere Förmlichkeit des Verkaufs für unnöthig erklärt worden, und nur im Allgemeinen der Verkauf „bestmöglichst" geschehen soll, die in Art. 407 enthaltene Vorschrift des allg. d. H.-G.-B. aber gerade in Art. 423 nicht zu denen gerechnet erscheint, von denen eine Abweichung durch Privatabkommen nicht erfolgen darf.

Erk. des Ob.-App.-Ger. zu Dresden v. 5. Juni 1866.

Zu Art. 426.

Gewichtsmanco bei flüssigen Stoffen auf Eisenbahnen.

Zeitschrift f. Rechtspflege ꝛc., N. F., 29. Bd., S. 262.

Der Kläger hatte mit der sächsisch-böhmischen Eisenbahn ein Faß Leberthran nach St. Peter (in Oesterreich) gesendet, von welchem 37 Pfd. in Wien, in Folge der Durchlässigkeit desselben, namentlich der durch die rüttelnde Wagenbewegung erzeugten Lockerung der Reifen, fehlten. Das angezogene Erkenntniß nahm an, daß diese

Digitized by Google

Ursache ohne allen Zweifel eine solche sei, für welche die Eisenbahnverwaltung nicht verantwortlich gemacht werden könne, da die rüttelnde Bewegung eines Eisenbahngüterwagens beim Fahren ein an sich ganz unvermeidlicher Umstand ist, welchen der Absender von Gütern im Voraus kennt oder doch kennen kann, und daher auch bei der Verpackung in Berücksichtigung ziehen muß. Hätte z. B. Kläger bei Absendung des Fasses das nämliche Mittel angewendet, welches in Wien angewendet worden, um das weitere Lecken des Fasses zu verhindern, d. h. die Reifen desselben der Art befestigen zu lassen, daß sie durch das Stoßen des Wagens nicht hätten verschoben werden können, so würde der Verlust allem Ansehen nach vermieden worden sein; und insofern läßt sich weit eher behaupten, daß Kläger selbst nicht ohne Schuld an den ihm betroffenen Verluste sei, als daß die betreffende Eisenbahnverwaltung hierbei der Vorwurf einer Verschuldung treffe.

Erk. des Ob.-App.-Ger. zu Dresden v. 5. Juni 1866, in S. Gehe c. Staatsfiscus.

Zu Art. 427 und 395 flg.

Zur Haftpflicht der Eisenbahnen.

Annalen, N. F., 2. Bd., S. 30..

Für die Frage, nach welcher Höhe der Frachtführer ersatzpflichtig sei, kann der specielle Anlaß des Schadens einflußreich werden. Im Allgemeinen hat er nach Art. 396 den gemeinen Handelswerth zu ersetzen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Haftung überhaupt auf seiner oder seiner Leute — Art. 400 — grober oder geringer Verschuldung beruhet. Dem gemeinen Handelswerthe ist durch Art. 427, Abs. 1 der im Frachtbrief angegebene, beziehendlich durch reglementmäßigen Normalsatz begrenzte Werth positiv rechtlich gleichgestellt. Leistet der Frachtführer diesen Werth, so genügt er seiner Ersatzverbindlichkeit eben so vollständig, als wenn er den gemeinen Handelswerth ersetzt, und man kann ihm daher ebensowenig, als im Falle des Art. 396 einen Nachweis der Ursache des Verlustes oder der Beschädigung ansinnen. — Das Recht, von der Leistung des gemeinen Handelswerths durch Ersatz des Normalschadenbetrags im Sinne des Art. 427, Abs. 1 sich zu befreien, fällt jedoch nach fernerem Inhalte des letzten Absatzes dieses Artikels im Falle einer böslichen Handlungsweise der

Digitized by Google

Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute weg. — In processualer Beziehung gestaltet sich daher die Sache dahin, daß der Verletzte, den Frachtführer auf Ersatz des gemeinen Handelswerthes des in Verlust gerathenen oder beschädigten Frachtgutes in Anspruch zu nehmen, ohne Weiteres befugt ist, daß ferner der Frachtführer, sofern er nicht die Ersatzverbindlichkeit überhaupt in Gemäßheit Art. 395 abzulehnen vermag, wenigstens deren Abänderung auf den in Art. 427, Abs. 1 gedachten Schädenbetrag excipirend herbeiführen kann, daß aber endlich der Verletzte hinwiederum diese Exception durch Beziehung auf das Vorhandensein des im Schlußsatze des angezogenen Artikels erwähnten Falles replicando zu eliviren berechtiget ist.

Art. 4. 10. 271.

Competenz der Handelsgerichte in Dienstverträgen eines Gastwirths (Hoteliers).

Das Handelsgericht zu Dresden sprach sich in dieser Beziehung in einem Erkenntnisse vom 6. März 1866 dahin aus:

Die Ausstellung des Beklagten gegen die Zuständigkeit des Handelsgerichtes (daß derselbe, als Hotelier, seinen Dienstleuten — Kellnern — gegenüber nicht als Kaufmann anzusehen sei) haben keine Beachtung finden können, denn, daß Gastwirthe an sich zu den Kaufleuten im Sinne des Art. 4 des H.-G.-B. zu rechnen sind, folgt mit Nothwendigkeit aus Art. 271, 1 und Art. 10 des H.-G.-B. —

Goldschmidt, Handelsrecht, 1. Bd., S. 389, Nr. 37 —.

Ist aber ein Gastwirth als solcher Kaufmann im Sinne des H.-G.-B. (und zwar wenn auch nicht Vollkaufmann, doch mindestens ein Kaufmann mindern Rechts), so ist auch die von ihm betriebene Gastwirthschaft ein Handlungsgewerbe, und sind die in demselben angestellten Kellner offenbar Handlungsgehülfen, somit aber in vorliegendem Falle die Competenz des Handelsgerichts durch die Vorschrift in § 8, Nr. 6*) der Ausführungsverordnung zum allgem. d. H.-G.-B. vom 30. Dec. 1861 vollständig begründet.

*) Die sächsische Ausführungsverordnung vom 30. Dec. 1861 bestimmt in § 8 unter 6, daß vor die Handelsgerichte auch die Streitigkeiten gehören, welche aus den Rechtsverhältnissen des Principals zu den Handlungsgehülfen und sonstigen in dem Handelsgewerbe angestellten Personen entspringen; und nach demselben Paragraphen unter 1 werden von diesem Gerichte die Ansprüche gegen

Digitized by Google

Diese Ansicht theilte denn auch die zweite Instanz des k. Appellationsgerichts zu Dresden, welches in seinen Gründen zu dem Erkenntnisse vom 22. Sept. 1866 noch Folgendes bemerkte:

Daß die zur Beurtheilung vorliegende Competenzfrage einer verschiedenen Beurtheilung fähig ist, läßt sich allerdings nicht verkennen. Indessen hat auch die gegenwärtige Instanz zeither die Ansicht befolgt, daß Streitigkeiten der vorliegenden Art vor die Handelsgerichte gehören, und zur Zeit noch keinen genügenden Grund gefunden, von dieser Ansicht abzugehen.

Man kann es, was gegenwärtigen Fall anlangt, dahingestellt bleiben lassen, ob, wie die vorige Instanz angenommen hat, Beklagter aber bestreitet, ein in einem Gasthofe fungirender Kellner als Handlungsgehülfe des Gastwirths oder als in dessen Handelsgewerbe angestellt anzusehen sei, oder ob sich ein solcher wohl gar als Handlungsbevollmächtigter —

Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle, 1863, S. 357 flg.

Centralorgan f. das deutsche Handelsrecht, II, S. 352.

auffassen lasse, und ob demnach die Zuständigkeit des Handelsgerichts in vorliegender Sache schon durch die Vorschrift unter 6 in § 8 der Ausführungsverordnung vom 30. Dec. 1861 begründet worden, denn zu Begründung dieser Competenz genügt schon die Bestimmung unter 1 desselben Paragraphen. Beklagter ist nämlich (gelernter) Kaufmann, wie er selbst anerkennt, und der Dienstvertrag, aus welchem geklagt wird, würde als ein Handelsgeschäft desselben anzusehen sein.

Zwar ist die Meinung aufgestellt worden, daß Verträge über die einem Kaufmanne beim Betriebe seines Handelsgewerbes von einer dritten Person zu leistenden Dienste wohl Handelssachen, aber nicht Handelsgeschäfte seinen, —

Endemann, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 26 unter 2.

Centralorgan, I, S. 423. —

und Andere wollen wenigstens den Abschluß von Gesindedienstverträgen seiten eines Kaufmanns nicht als Handelsgeschäfte geltenlassen —

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, II, S. 490, Note 25 und S. 493.

Hahn, Commentar, I, S. 28. —

Kaufleute — Art. 4 des H.-G.-B. — aus Handelsgeschäften — Art. 271 bis 276 des H.-G.-B. — entschieden.

Digitized by Google

allein während Letzteres dahingestellt bleiben kann, weil ein Kellner (Kläger war früher Oberkellner des Beklagten) wenigstens unter Verhältnissen der vorliegenden Art dem Gesinde im eigentlichen Sinne nicht beigezählt werden kann, steht der ersten Ansicht die Vorschrift in Art. 273 des H.-G.-B., welcher sich auf alle Geschäfte des Kaufmannes bezieht, die aus irgend einem Grunde mit dem Betriebe seines Handelsgewerbes connex sind, —

Lutz, Conferenzprotoc., III, S. 1297 verb. mit S. 1264. — insofern entgegen, als nicht wohl zu bezweifeln ist, daß die Ermiethung von Diensten für den Betrieb des Handelsgewerbes mit diesem Betriebe in Verbindung steht.

Hiernach hat man auch in gegenwärtiger Instanz die von dem beklagten Hotelier vorgebrachte Einrede der Unzuständigkeit des von Klägern gewählten Proceßgerichts (des Handelsgerichts) für unbegründet erachtet.

Für Sachsen ist nun zwar vorläufig die Frage, ob ein Handelsgericht in Streitigkeiten eines Gastwirthes mit seinen Dienstleuten, speciell Kellnern, competent sei? entschieden. Indeß läßt diese bejahende Beantwortung immer noch einige Fragen offen, z. B. wie weit herunter man mit dem Begriffe „Dienstleute" in obiger Beziehung gehen kann, und ob namentlich auch die Dienstverträge eines Gastwirths mit seinen Haus- und Stallknechten, Köchinnen und Dienstmädchen, kurz mit seinem ganzen Dienstbestande, wenn auch nicht als „Handelsgeschäft," so doch als „Handelssache" anzusehen sind und die Competenz der Handelsgerichte begründe?

Es dürfte daher nicht am unrechten Platze sein, den handelsgewerblichen Charakter eines Gastwirths in möglichster Kürze zu beleuchten.

Einigen Werth darauf, daß ein Gastwirth (Hotelier) ursprünglich ein gelernter und vielleicht auch als solcher beschäftigter Kaufmann gewesen, zu legen, wie es das vorstehende Erkenntniß mindestens adminiculirend thut, möchte ich nicht. Mit seinem Auftreten als Gastwirth hat derselbe den Kaufmann abgestreift, und ist eben nur Wirth.

Nun bestimmt das H.-G.-B. im Art. 10, daß die Bestimmungen über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura unter Anderem

Digitized by Google

auch auf „Wirthe" keine Anwendung finden, weshalb denn auch, wie z. B. das Stadtgericht zu Frankfurt a. M. entschieden hat — Archiv, Bd. IX, S. 465 — Gastwirthe in der Regel nicht in Handelsregister eingetragen werden; aber eben jene Ausnahme zeigt, indem sie sich nur auf jene drei Gegenstände bezieht, daß man im Uebrigen Wirthe den gewerblichen Kaufleuten beigezählt habe, obschon sie nicht in dem Handelsregister eingetragen waren. — Vgl. auch das Archiv, I. Bd., S. 164. — In der 152. Sitzung der Conferenz entspann sich — Prot., S. 1258 — darüber, ob in die Definition eines Kaufmanns in Art. 4 das Erforderniß der Eintragung in das Handelsregister aufzunehmen sei, eine Discussion; man sah aber schließlich davon ab, und ließ es dabei, daß als ein Kaufmann derjenige anzusehen sei, welcher „gewerbemäßig Handelsgeschäfte" betreibt. Nun kann man freilich wohl schwerlich behaupten, daß ein solcher unregistrirter Kaufmann, wie eben ein Gastwirth ist, Handelsgeschäfte im Sinne des 271. und 272. Art. betreibe; man kann auch keine feste Grenze ziehen, wo das Geschäft eines Wirths in eine höhere Stufe eintritt und sein Gewerbe einen höheren mercantilen Werth hat; was zu beurtheilen, da gesetzliche Bestimmungen dafür ganz fehlen, im concreten Falle immer der Entscheidung des einzelnen Richters überlassen bleibt. Indeß hat sich die Praxis — aber auch nur diese — längst für die kaufmännische Qualität eines Gastwirthes entschieden. Ich berufe mich nur auf das im Archiv, I. Bd., S. 220 flg. mitgetheilte Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Leipzig v. 31. Mai 1862, — auf das des Handelsappellationsgerichts für Bayern vom 5. Febr. 1863 — Archiv, I. Bd., S. 410 flg., — auf das des Handelsappellationsgerichts zu Nürnberg v. 13. April 1863 — Archiv, II. Bd., S. 211, — und auf die Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Berlin vom 28. Nov. 1863, des dasigen Kammergerichts v. 10. Mai 1864 und des Obertribunals vom 30. Nov. 1864 — Archiv, VI. Bd., S. 16 flg., — von denen das zweite sogar den Grundsatz ausspricht, daß alle Wirthe, ohne Unterschied des Umfangs ihres Geschäfts, zu den unregistrirten Kaufleuten gehören. Ich berufe mich ferner auf die sehr gründliche Abhandlung des Dr. Noak im Archiv, II. Bd., S. 18 flg. und besonders S. 22 flg. — Demungeachtet aber wäre es doch sehr wünschenswerth, wenn — da es zu einer Revision des Handelsgesetzbuchs voraussichtlich sobald nicht

Digitized by Google

kommen dürfte, die Handelsgesetzgebungen eine feste Norm und ein sicheres Anhalten schaffen wollten, was doch gewiß nicht so schwierig sein dürfte.

Noch will ich hier erwähnen, daß, wenn ich eben daraus, daß im Art. 10 „Wirthe" nicht zu den Vollkaufleuten gezählt werden, folgere, daß man ihnen doch die Rechte eines unregistrirten Kaufmanns gewährt, oder mindestens nicht entzogen habe, ich dieß gerade nicht auf die übrigen in diesem Artikel genannten Personen: Höker, Trödler, Hausierer ausgedehnt haben möchte, da es wohl Niemand einfallen dürfte, für die Streitigkeit eines Dienstmädchens oder Arbeiters gegen ihren Dienstherrn, einen Höker ꝛc., ein Handelsgericht als competent zu erachten. — Man sieht aber, wie leicht man die Compotenzfrage zur wächsernen Nase machen kann. A.

Großherzogthum Baden.

Wenn die Mitglieder einer Handelsgesellschaft bei deren Auflösung einzelne Bestimmungen über Vertheilung gewisser Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens treffen, so berechtigt dieß nicht den einen Gesellschafter zu Forderungen gegen den Anderen vor Vollendung der Liquidation. Ueber die Bedeutung der Liquidation und über Auslegung sowie Zulässigkeit von vertragsmäßigen Festsetzungen hierwegen.

Von Herrn Kreisgerichtsdirector Dr. Puchelt in Baden-Baden.

Es ist unter den Parteien kein Streit darüber, daß sie in Gemeinschaft mit dem Sohne des Klägers, Ernst Glückher jun. durch Vertrag vom 15. Januar 1864 eine offene Handelsgesellschaft zum Betriebe eines Fabrikgeschäftes elektro-chemisch versilberter Tafelgeräthe mit einander eingingen, und daß diese Gesellschaft am 1. Feb. 1866 durch gegenseitige Uebereinkunft aufgelöst wurde; ebenso ist unbestritten, daß der Gesellschafter Ernst Glückher jun. als Liquidator aufgestellt worden ist, und daß die Liquidation bis jetzt noch nicht

Digitized by Google

beendet wurde; endlich sind die Parteien darüber einig, daß bei Auflösung der Gesellschaft einzelne Bestimmungen über die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens vertragsmäßig getroffen wurden, nämlich daß Ernst Glückher jun. die eine, und der Beklagte die andere Hälfte der vorhandenen Activen und Passiven des Geschäfts übernahm und daß er sich verpflichtete, von den bei dem Einzug der Aüsstände sich ergebenden Differenzen 28% zu vergüten, während Ernst Glückher jun. 44% und der Kläger 28% davon übernahm. Was nun vor Allem die Bedeutung der letzteren Bestimmungen betrifft, so wäre es allerdings möglich, daß bei Schließung des Gesellschaftsvertrags oder bei Auflösung der Gesellschaft über das gesammte Gesellschaftsvermögen und dessen Vertheilung unter die Gesellschafter Verfügungen getroffen worden wären, welche eine Liquidation ausschließen würden, sodaß unmittelbar nach Auflösung der Gesellschaft jeder einzelne Gesellschafter seine vertragsmäßigen Rechte gegen die übrigen Gesellschafter geltend machen könnte. (Endemann, das deutsche Handelsrecht, § 47, III.) Es ist jedoch an sich klar, daß, um die Liquidation abzuwenden, die getroffenen Verfügungen das gesammte Gesellschaftsvermögen umfassen müssen, während in dem vorliegenden Falle nur Bestimmungen über einzelne Theile desselben getroffen wurden, da ja außer den Activen und Passiven (worunter die Contrahenten offenbar nur Forderungen und Schulden der Gesellschaft verstanden haben) noch die vorhandenen Waaren, die vorhandenen Materialien, die Fabrikeinrichtung, etwaige Fabrikgebäulichkeiten und dergleichen einen wesentlichen Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens bilden. Es können daher die fraglichen Bestimmungen nicht die Liquidation ersetzen, sondern sie bilden nur die von den Gesellschaftern vertragsmäßig festgestellten Vorschriften über die Vertheilung einzelner Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens, welche von dem Liquidator bei der Auseinandersetzung berücksichtigt werden müssen; daß dieß auch die Auffassung der drei Gesellschafter war, geht daraus mit Bestimmtheit hervor, daß sie bei Auflösung der Gesellschaft gleichzeitig einen Liquidator bestellten. Obgleich nun nach dem Obigen die Vorschriften der Art. 133 flg. H.-G.-B. zur Anwendung kommen und die Liquidation noch nicht beendigt ist, werden mit gegenwärtiger Klage verschiedene Ansprüche des Klägers an den Beklagten (des einen Gesellschafters gegen den andern) geltend gemacht, welche auf

Digitized by Google

die oben angeführten Bestimmungen über Vertheilung einzelner Vermögenstheile der Gesellschaft gegründet sind. Der Gerichtshof hielt jedoch dieses Verfahren des Klägers für rechtlich unstatthaft und mußte deßhalb die Abweisung der Klage erfolgen.

Es folgt schon aus der Natur der Sache und überdieß aus den Bestimmungen des Landrechts (L.-R., S. 1872 und 815 flg.), daß bei der Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögenscomplexes nicht einzelne Rechte oder Verbindlichkeiten von Theilhabern, aus dem Zusammenhang herausgerissen, Gegenstand einer Klage bilden können, sondern daß die Theilung als ein Ganzes aufgefaßt werden muß, daher nur auf Grund der Darstellung der Theilung selbst, das heißt der gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen sämmtlicher Theilhaber, die Herausgabe eines Theiles der Gemeinschaft verlangt oder ein Anspruch gegen einen Theilhaber als solchen verfolgt werden kann. Ueberdieß ist im L.-R., S. 837 bestimmt, daß, wenn die Theilung durch einen Staatsschreiber vollzogen wird, dieser das Geschäft durchzuführen hat, und nur über bestrittene Punkte richterliche Entscheidung einzuholen ist, woraus klar hervorgeht, daß, auch wenn die Theilhaber über die Grundsätze der Theilung einig sind, sie nur auf Grund des vollendeten Theilungsvertrags ihre Ansprüche gegen einander geltend machen können. Hiernach würde die Klage nach dem gewöhnlichen bürgerlichen Gesetze in Rechten nicht begründet erscheinen, umsomehr ist dieß aber nach den speciellen Bestimmungen des H.-G.-B.s der Fall. Gemäß Art. 133 H.-G.-B. sind es immer bestimmte Personen, welche die Liquidation, beziehungsweise Theilung des Gesellschaftsvermögens vorzunehmen haben; die Liquidatoren haben nach Art. 142 die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeizuführen, das heißt, sie haben das Theilungsgeschäft durchzuführen, und nur einzelne Streitpunkte über die Auseinandersetzung fallen der richterlichen Entscheidung anheim. Es bildet demnach die Vorschrift des L.-R.s, S. 837 auch bei Theilung des Vermögens von Handelsgesellschaften die Regel, und können während der Theilungsverhandlung durch die Liquidatoren nur einzelne Streitfragen richterlich entschieden werden, sodaß der Ausspruch der Gerichte sodann der Theilung zu Grunde gelegt werden muß, die Theilung selbst soll aber durch die Liquidatoren und nicht durch die Gerichte geschehen; hiermit ist selbstverständlich eine Klage eines

Digitized by Google

Gesellschafters gegen einen anderen auf Herausgabe eines bestimmten, ihm bei Auflösung der Gesellschaft zufallenden Antheils vor Beendigung der Liquidation ausgeschlossen. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch Brinckmann in seinem Lehrbuch des Handelsrechts, § 52 überein, indem er einem Gesellschafter nur für den einen Fall, wenn er nach Auflösung der Gesellschaft genöthigt war, allein einen Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen, das Recht einräumt, von den gewesenen Mitgesellschaftern das Verausgabte pro rata einzuziehen, ohne daß er sich auf das Ergebniß der Liquidation verweisen zu lassen braucht.

Diese gesetzlichen Vorschriften entsprechen auch durchaus dem praktischen Bedürfnisse, da es in der Regel kaum möglich sein wird, ohne das erst durch die Liquidation zu liefernde Material zu kennen, einzelne Forderungen des einen Gesellschafters an den Andren zu begründen. So fehlt es denn auch den mit gegenwärtiger Klage geltend gemachten Ansprüchen an einer gehörigen thatsächlichen Begründung, und kann überdieß deren Existenz überhaupt und deren rechtliche Zulässigkeit erst nach beendeter Liquidation beurtheilt werden. Wenn Kläger aus sämmtlichen vorhandenen Forderungen der Gesellschaft im Betrage von 17,188 Fl. 2 Kr. Zinsen vom Tage der Auflösung der Gesellschaft verlangt, so erhellt in keiner Weise eine rechtliche Verpflichtung zur Zahlung dieser Zinsen für den Beklagten nicht er, sondern der Liquidator hat diese Forderungen einzuziehen und sind an denselben jedenfalls die Passiven der Gesellschaft in Abzug zu bringen; erst nach beendigter Liquidation wird sich zeigen, welche Forderungen eingegangen sind und im welchen Betrage sie sich Beklagter anrechnen lassen muß, an sich aber ist klar, daß der letztere keine Verpflichtung hat, Zinsen aus Forderungen zu bezahlen, welche, wenn sie auch eingegangen sind, sich in den Händen des Liquidators befinden. Was den zweiten Klagposten, nämlich die Forderung des Ersatzes der bisher nicht eingegangenen Activen der aufgelösten Gesellschaft, betrifft, so fehlt es nicht allein an jeder thatsächlichen Begründung, sondern sogar an der Behauptung, daß die bis 15. Aug. 1866 noch nicht eingegangenen Forderungen unbeibringlich sind, und erst für diesen Fall hätte der Beklagte 28 % des Verlustes zu vergüten; allein auch diese Verbindlichkeit des Beklagten ist ein bei der schließlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigendes Moment und

Digitized by Google

kann hierauf vor der geschehenen Auseinandersetzung kein Anspruch für sich allein gegründet werden. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Ersatzes des Minderwerths der von Abnehmern zurückgegebenen Waaren, wobei ebenfalls die thatsächliche Begründung vermißt wird, da es durchaus unklar geblieben ist, aus welchem Grunde verkaufte Waaren zurückgegeben wurden, und weshalb diese Zurückgabe statthaft war. Endlich den letzten Klagposten anlangend, so werden Portoauslagen, Disconto- und Emballage-Abzüge, sowie die nach Aufstellung des Inventars angemeldeten Passiven berechnet, wovon der Beklagte 28 % vergüten soll. Allein alle diese Kosten, Abzüge und dergleichen können wohl bei der Liquidation berücksichtiget werden und läßt sich erst nach deren Beendigung beurtheilen, ob deshalb dem Kläger noch eine Forderung an den Beklagten zusteht, jedenfalls aber ist das Uebereinkommen, wonach der letztere verpflichtet ist 28 % an dem Verlust zu vergüten, der sich bei dem Einzug der Ausstände ergibt, nicht auf dergleichen Verlust zu beziehen, welcher sich bei dem Bestehen der Gesellschaft schon ergeben hatte, während aus dem klägerischen Vortrag nicht hervorgeht, welche einzelne Abzüge und dergleichen vor oder nach Auflösung der Gesellschaft entstanden sind; es fehlt daher auch hier an jeder thatsächlichen Begründung. Unter diesen Verhältnissen rechtfertigt sich schon wegen Mangels einer schlüssigen Begründung in thatsächlicher Beziehung die Abweisung der Klage.

So wurde vom gr. bad. Kreisgerichte Baden erkannt, in S. Ernst Glückher senior in München gegen Julius Diß in Baden durch Urtheil vom 5. Februar 1867, gegen welches Urtheil kein Rechtsmittel eingelegt worden ist.

Digitized by Google

Unter dem Oberappellationsgerichte Jena vereinigte Staaten.

Zu Art. 15.

Firma.

Die Firma kann als eine von ihrem Träger und Eigenthümer verschiedene Persönlichkeit nicht angesehen werden, vielmehr ist die Firma als solche ein in der Luft schwebendes, gar nicht greifbares Ding, und nur die physische Person des Inhabers der Firma erscheint als das eigentliche die Firma repräsentirende Rechtssubject, welches allein nur in die Firma betreffenden Rechtsgeschäften sowohl in Anspruch genommen werden als klagend auftreten kann.

Erk. des App.-Ger. Eisenach 1859, B. c. P., 287.

Zu Art. 15 flg.

Die Personen, welche eine klagende oder verklagte Firma bilden, müssen benannt werden.

Nach der von uns bereits mehrfach ausgesprochenen richtigen Ansicht gehört zur Substantiirung einer von einem Kaufmann ꝛc. oder gegen einen solchen bez. von einer Handelsgesellschaft oder gegen solche erhobenen Klage die Angabe des bürgerlichen Namens des betreffenden Kaufmanns ꝛc. bez. der Mitglieder der betreffenden Handelsgesellschaft: es genügt nicht den kaufmännischen Kläger oder Beklagten lediglich mit seiner Firma zu bezeichnen oder die Handlung als solche klagend oder als Beklagte einzuführen, ohne daß der oder die Inhaber derselben angegeben sind. Denn einerseits ist es absolut erforderlich daß das Proceßgericht weiß, wer die Parteien persönlich sind, um die Persönlichkeiten, welche die Firma tragen und ohne deren concrete Verbindung mit der Firma letztere in der Luft schweben würde, kennen zu lernen und zwar nicht allein um deren Rechts- und Handlungsfähigkeit einschließlich der persona standi in judicio zu prüfen in der Lage zu sein, sondern auch um die im Laufe des Verfahrens nothwendig werdenden Ladungen und sonstigen Verfügungen, insbesondere die sich eventuell nöthig machenden Executions-

Digitized by Google

maßregeln den betreffenden in Streit befangenen Personen gegenüber zu Geltung bringen zu können. Diese Kenntniß wird dem Gerichte durch die allein vermittelst der Firma erfolgte Bezeichnung der einen oder der andern Partei deshalb nur in ungenügender Weise beizubringen versucht, weil bekanntlich nach den Bestimmungen des Art. 22—24 des H.-G.-B.'s die Firma von dem bürgerlichen Namen abweichen kann und bezüglich nicht alle Gesellschafter benennen muß. Die bloße Angabe der Firma läßt noch nicht einmal ersehen, ob sie auf einen Einzelkaufmann oder auf eine Handelsgesellschaft sich beziehet. Daß aber der Richter befugt oder verpflichtet sei, die sich so bezüglich der Persönlichkeit einer Partei ergebende Ungewißheit durch ex officio vorzunehmende Recherchen zu heben und so dem Mangel der Klage abzuhelfen, muß im Hinblicke auf die unserem Processe zu Grunde liegende Verhandlungsmaxime entschieden verneint werden. Anderseits ergibt aber auch die in Art. 15 des Handelsgesetzbuches enthaltene Definition der kaufmännischen Firma ein die obigen materiellen Gründe nicht unwesentlich unterstützendes, formelles Moment für unsere Ansicht; denn indem der cit. Artikel die kaufmännische Firma definirt als „den Namen, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt," beschränkt er zugleich die Function dieser Beziehung auf diesen Kreis der Thätigkeit ihres Trägers, damit andeutend, daß die Bezeichnung durch die Firma außerhalb derselben bedeutungslos erscheint. Daß aber von einem Kaufmanne, welcher eine Klage erhebt oder verklagt wird, auch wenn der Klaganspruch in dem Geschäftsbetriebe seine Entstehung gefunden hat, nicht gesagt werden kann, er betreibe damit sein Geschäft im Sinne des Art. 15 des H.-G.-B.'s leuchtet ein.

Busch, Archiv für Handelsrecht, I, S. 194 flg.

Insbesondere sind auch die offenen Handelsgesellschaften ungeachtet der durch das H.-G.-B. eingeführten Neuerungen Societäten geblieben und, soweit nicht ausdrücklich etwas abgeändert ist, nach den Regeln der römischrechtlichen societas zu beurtheilen, und die Protocolle über die Conferenz zur Berathung eines allgemeinen deutschen H.-G.-B., S. 214 zu Art. 116 ergeben, daß den Handelsgesellschaften nicht, wie doch der k. preuß. Entwurf intendirte, der Charakter einer juristischen Persönlichkeit beigelegt worden ist.

Digitized by Google

Auch durch Art. 111 ist hieran nichts geändert worden, weil darin nur gesagt ist, es sei nicht nöthig, daß sämmtliche socii als Einzelpersonen klagen oder beklagt werden, wodurch die (processualisch erforderliche) namentliche Angabe der wirklich berechtigten Inhaber der Firma nicht ausgeschlossen wird. Nebenbei ist auch hier noch darauf hinzuweisen, daß kein Gesellschafter mit Rechtswirksamkeit für die anderen schwören kann.

Busch, l. c. IX, S. 460—462.

In dem vorliegenden Processe haben sich die Unstatten der Nichtbenennung der Firmeninhaber schon dadurch bemerkbar gemacht, daß man nicht ermitteln konnte, ob ein factum proprium referentis in Frage und die Eidesrelation statthaft sei, und daß man ferner nicht wußte, welche Personen zur Eidesleistung vorzuladen waren.

Es rechtfertigt sich daher die Verwerfung der Klage in der angebrachten Maße.

Vergl. Busch, l. c. I, S. 195. 196.

Es konnte aber auch die nachträgliche Benennung der Inhaber der klägerischen Firma in der Replikschrift nicht beachtet werden, weil solche offenbar verspätet ist, keine zulässige (bloße) Erläuterung der Klage enthält, vielmehr den wesentlichen Mangel der Klage (in der Activlegitimationsbegründung) haben: an der Stelle der klagenden Firma, ohne Personenangabe, die nunmehr genannten Inhaber der Firma als Kläger hinstellt.

Aus einem Erkenntnisse des Appellationsgerichtes zu Eisenach vom Jahre 1867.

Art. 15. 17. 111.

Ueber die Frage, ob die Firma bez. die durch sie bezeichnete Gesellschaft selbst klagen könne,

hat sich das Oberappellationsgericht in Jena neuerdings (Urtheil, 1867, Nr. 134 civ.) folgendermaßen ausgesprochen:

„Die Ansicht: zur Sachlegitimation einer klagenden Handelsgesellschaft gehöre, daß die Inhaber der Handelsfirma in der Klage namentlich angeführt werden, und daß die bloße Bezeichnung durch die Firma nicht genüge, indem nicht die Gesellschaft als ein Rechtssubject zu betrachten sei, sondern dieses nur die durch die Personen der Gesellschafter gebildet werde, auch der Mangel der speciellen

Digitized by Google

Bezeichnung dieser Personenen schon in der Klage dann um so bedeutungsvoller sei, wenn es sich um Eide handle, die möglicher Weise von den Mitinhabern der Firma abzuleisten wären, — kann für richtig und dem H.-G.-B. entsprechend nicht erachtet werden. Dabei braucht auf die Erörterung der Frage in Betreff der Rechtssubjectivität und Eigenpersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft — über welche Frage bekanntlich das H.-G.-B. einen principiellen Ausspruch vermieden hat, und welche daher die Jurisprudenz aus den einzelnen Vorschriften der Art. 111. 114. 117. 119—121 ꝛc. construirend zu lösen haben würde — nicht zurückgegangen zu werden. Vielmehr muß schon genügen, daß die Firma jedenfalls der legalisirte und rechtlich anerkannte Name ist, unter welchem die zu einer Handelsgesellschaft geeinigte Gesammtheit der Gesellschafter nach außen auftreten, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Die Firma repräsentirt also nach außen die Namen der jedesmaligen Handelsgesellschafter als solcher. Die Bestimmung im Art. 111 des H.-G.-B.s, wonach die Gesellschaft gerade unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann und sogar ihren eigenen ordentlichen Gerichtsstand erhalten hat, führt bei richtiger Interpretation zu dem Resultate, daß das Auftreten der Gesellschaft unter ihrer Firma vor Gericht auch genügen muß, und daß bei einem solchen Auftreten die namentliche Anführung der sämmtlichen Gesellschafter nicht erforderlich ist.

Hierfür spricht auch folgender Auszug aus den Protocollen der Bundesgesetz-Commission, welche das Handelsgesetzbuch berathen hat (vgl. S. 276 der Protocolle):

Zur Rechtfertigung des ohne Erfolg von dem Abgeordneten für Mecklenburg angegriffenen Satzes:

„Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden," wurde geltend gemacht, daß er einem allgemein gefühlten Bedürfniß entspreche. Bisher seien an vielen Orten Klagen gegen eine Gesellschaft, in welcher nicht sämmtliche Gesellschafter mit Namen genannt gewesen, angebrachtermaßen abgewiesen worden. Es sei ein allgemeines Bedürfniß, daß man von solchen Anforderungen abstehe und Klagen für und gegen die Gesellschaft unter ihrer Firma zulasse, bei deren Verhandlungen alle Erlasse nach

Digitized by Google

Maßgabe des Art. 117 nur einem der Gesellschafter zugestellt zu werden brauchten; daß man, sofern nicht besondere Gründe, die aber dann sofort geltend gemacht werden müßten, dieß nöthig machten, fortan nicht mehr die Benennung aller bei der Gesellschaft Betheiligten und den Nachweis, daß alle diese Personen wirklich Theilhaber der Gesellschaft seien, oder Vollmachten von allen diesen Einzelnen verlange. Solche Anforderungen hätten zu Verlusten geführt, wenn z. B. ein Gesellschafter auf weiten Reisen sei; ꝛc.

vgl. von Krämel, Commentar zu Art. 111, S. 139.
von Hahn, Commentar zu Art. 111, Bd. 1, S. 280.

Gegen die hier vertretene Ansicht kann auch die Schwierigkeit, die im Falle von Eidesleistungen durch eine klagende oder verklagte Handelsgesellschaft in Betreff der Frage, welche Personen zu schwören haben, entstehen könnte, nicht geltend gemacht werden. Denn solche Schwierigkeiten lassen sich in einem späteren Proceßstadium ebensogut lösen, wie sie, falls juristische Personen, oder auch Actiengesellschaften als Kläger oder als Verklagte in eine gleiche Lage kommen, gelöst werden. Auch handelt es sich hier um ein allgemeines Princip, das gleichmäßig für alle Fälle, auch für solche, bei denen Eidesleistungen durch die Parteien gar nicht vorkommen, in Art. 111 cit. aufgestellt worden ist und welche durch Utilitätsrücksichten, die für die Behandlung einer ganz verschiedenen und speciellen processualischen Frage in Betracht kommen könnten, nicht alterirt werden darf. R.

Zu Art. 54.

Erlöschung der Procura.

Das Rechtsverhältniß eines Procuristen wird im Allgemeinen, wie das des sonstigen Handlungsbevollmächtigten, nach den Regeln beurtheilt, welche vom römischen Institor gelten,

Mittermaier, Grundsz. des deutschen Privatrechts, ed. V, § 37, sub II;

und es ist aus

L. 5, § 17; L. 11, pr. L. 17, § 2 u. 3. Dig. de institor. act. 14, 3,

zu ersehen, daß beim Institor auch nach dem Tode des Principals das Mandat sich bis auf Weiteres wirksam erweist.

Digitized by Google

Vgl. Glück, Commentar, XIV, S. 258 flg.

Es ist indessen im deutschen Handelsrechte rücksichtlich der Aufhebung des Verhältnisses des Procuristen besonders angenommen, daß diese nach den deßfallsigen Grundsätzen bei der Dienstmiethe eintrete.

Mittermaier, l. c., S. 1177.

Nach diesen Grundsätzen wird aber das Verhältniß durch den Tod des Dienstberechtigten conductor operarum jedenfalls nicht aufgehoben.

l. 19, § 8. Dig. loc. cond. 19, 2.

§ 6. Inst. de locat. et cond. 3, 24; const. 10 Cod. de loc. et cond. 4, 65.

(Aus einem Erkenntnisse des Appell.-Gerichts zu Eisenach vom 6. August 1852.)

Anm. des Einsenders. Mit obiger Spruchpraxis stimmt das allgem. d. H.-G.-B. überein, indem es Art. 54, Abs. 2 verordnet, daß der Tod des Principals das Erlöschen der Procura, sowie auch der Handlungsvollmacht nicht zur Folge haben soll.

Art. 52. 357 flg.

1. Annahme eines Kaufabschlusses beim Behalten mit Factura zugesendet erhaltener Waaren und bei theilweiser Bezahlung derselben.
2. Der Irrthum über die Beziehung des nach Namen, Charakter und Wohnort bestimmten Contrahenten zu einem früher unmittelbar sinnlich wahrgenommenen Individuo ist nicht überall ein wesentlicher.
3. Umstände, welche nach Art. 52 des allg. d. H.-G.-B.s ergeben, daß ein Handlungsbevollmächtigter für den Principal aufgetreten ist.

Der Beklagte hat auf die gegen ihn wegen Bezahlung von Kaufgeld erhobene Klage zugestanden:

A. in einer Erläuterung, daß der Sohn des Klägers, Namens Simon L., ihm 95 Stück Rindshäute, 23 Cent. 39 Pfd. schwer, für 26½ Thlr. pro Centner verkauft, und daß darauf er, der Beklagte, die 95 Stück Felle nebst Factura erhalten habe.

B. in seiner Duplik, daß die Factura (worunter nur die unter

Digitized by Google

A. gedachte gemeint sein konnte, da eine andere Factura gar nicht in Frage war) von Lazarus L. ausgestellt war, und Verklagter selbst nach Empfang der Waare an diesen mehrere Briefe gerichtet habe;

C. in derselben Duplik, daß er dem Simon L. in Vertretung des Klägers (sc. des Lazarus L.) auf die aus jenem Kaufgeschäft erwachsene Forderung eine Abschlagszahlung geleistet habe.

In diesen also zugestandenen Thatsachen liegt ein solcher Kaufabschluß zwischen dem Beklagten und Lazarus L., wie er in der Klage behauptet worden ist; denn wenn eine Person, welcher bestimmte Waaren mit einer den Preis und das Gewicht derselben, sowie den Namen des Absenders kundgebenden Factura zugesendet worden sind, diese Waaren behält und darauf dem Absender bez. dessen Vertreter Abschlagszahlung leistet, so ist nicht zu bezweifeln, daß diese Person von dem Absender die fraglichen Waaren gekauft hat.

Abgesehen ferner davon, daß die eingeräumten Thatsachen vom Kläger speciell mit behauptet waren, so genügte auch die Angabe der Klage, daß der Beklagte von dem Kläger die Waaren um den libellirten Preis gekauft habe, und umfaßte gleichmäßig die verschiedenen Formen, unter denen ein solcher Vertrag abgeschlossen werden konnte: ob durch Worte oder durch concludente Handlungen, ob mündlich oder schriftlich, ob von den Contrahenten selbst oder durch Bevollmächtigte der Kauf abgeschlossen worden sei, braucht in der Regel nicht schon in der Klage dargelegt zu werden.

Der Beklagte hat nun aber eine thatsächliche Duplik vorgebracht, aus welcher hervorgehen soll, daß durch die von ihm zugestandenen Handlungen und Thatsachen ein Kaufvertrag nicht zu Stande gekommen sei. Er behauptet nämlich:

Bei Annahme der Waare und der von Lazarus L. ausgestellten Factura habe er geglaubt, daß Lazarus L. die Person gewesen sei, welche früher mit ihm mündlich über den Verkauf solcher Felle unterhandelt habe.

In diesem Glauben habe er auch Briefe an Lazarus L. geschrieben. Sobald er aber erfahren habe, daß die gedachte Person Simon L. und nicht Lazarus L. heiße, habe er dem Lazarus L. erklärt, daß er ihm nichts schuldig sei und mit ihm nichts zu schaffen habe.

Es kann nicht angenommen werden, daß der in der Duplik be-

Digitized by Google

hauptete Irrthum des Beklagten nicht erst bewiesen zu werden brauche und auch an sich geeignet gewesen sei, das Zustandekommen des Kaufgeschäftes, trotz der eingestandenen Handlungen, auszuschließen. Denn auch abgesehen davon, daß nach einem ausdrücklichen Ausspruche des Gesetzes unter Verhältnissen, die den hier vorliegenden entsprechen, der Irrthum über die Person des einen Contrahenten dem anderen Contrahenten dann caeteris puribus gegen seine Obligation nicht schützen soll, wenn der erstere vollständig den Vertrag erfüllt, und der letztere — wenn auch im Irrthum über die Person des Leistenden — die Leistung angenommen hat, — vgl. l. 32, Dig. de reb. cred. 12, 1, — so muß im concreten Falle angenommen werden, daß der Beklagte nicht darüber im Irrthum war, gegen welche Person er sich durch Annahme der Felle und der Factura verpflichtete. Durch die Letztere erfuhr er vielmehr, daß Lazarus L. ihm die Felle schickte und an Lazarus L. hat er auch geschrieben und eine Abschlagszahlung geleistet. Nicht über die Person seines Contrahenten, sondern darüber will also Beklagter geirrt haben, ob er diese Person schon einmal gesehen und gesprochen habe, bezüglich ob sie identisch sei mit dem Simon L., mit dem er einige Zeit vorher mündlich verhandelt hatte. Ein solcher Irrthum über die Beziehung des durch seinen Namen, Charakter und Wohnort genügend bestimmten Contrahenten zu einer früher unmittelbar und sinnlich wahrgenommenen Persönlichkeit ist nicht unter allen Umständen als ein wesentlicher und die Eingehung des Vertrags hindernder zu betrachten, sondern nur, wenn die Umstände ergeben, daß durch einen solchen Irrthum der andere Contrahent wesentlich bestimmt und wirklich in seinem Interesse benachtheiligt worden sei. Hätte z. B. der Beklagte im Fragefalle behaupten können und wirklich behauptet, daß Simon L., mit dem er contrahirt haben will, auch selbstständig und unabhängig von seinem Vater die von ihm verkauften Felle geschickt und die Erfüllung seines Geschäftes verlangt habe, so hätte wohl die Rescission des mit Lazarus L. gewirkten Vertragsabschlusses, sei es durch ein gerichtliches Rechtsmittel, sei es durch eine außergerichtliche Erklärung — vgl. Puchta, Pand., 5, 67 — erwirkt werden können. Auch dieß würde aber vorausgesetzt haben, daß der Beklagte dem Kläger die erhaltenen Felle, oder doch dasjenige, um

Digitized by Google

welches er durch die angenommene Zusendung bereichert worden, wieder zur Disposition stelle. Statt dessen hat er die Felle behalten und, wie aus seiner zweiten Einrede hervorgeht, verarbeitet und hat auch, nach seiner eigenen Behauptung, nachdem er später über seinen angeblichen Irrthum aufgeklärt worden, weiter nichts gethan, als dem Kläger erklärt, daß er nichts mit ihm zu schaffen habe. Da nun ferner Simon und Lazarus L. hier offenbar nur zu einem einzigem Geschäfte sich bekennen, und das Interesse des Beklagten nach seiner eigenen Darstellung der Sachlage durch den von ihm behaupteten Irrthum nicht im entferntesten bedroht erscheint, so versirt der Beklagte in dolo und handelt nicht redlich, indem er für die von Lazarus L. bewirkte Leistung die Bezahlung verweigert.

Auch abgesehen von den concludenten Handlungen, in welchen die vorstehend entwickelten Entscheidungsgründe schon einen Vertragsabschluß zwischen dem Kläger und dem Beklagten erblickt haben, hat allerdings früher, wie beide Theile anerkennen, schon eine mündliche Vereinbarung zwischen dem Beklagten und Simon L. stattgefunden. Nicht blos hypothetisch, sondern bestimmt behauptet der Kläger in seiner Replik, daß dabei Simon L. als Bevollmächtigter seines Vaters Lazarus L. aufgetreten, und daß dieß dem Beklagten auch bekannt gewesen und noch bekannt sei. Der Beklagte stellt dieß zwar ins Nichtwissen und wiederholt, daß Simon L. beim Kaufabschlusse nichts von einem Auftrage seines Principals erwähnt habe. Hält man sich aber auch nur an die vom Beklagten selbst zugestandenen Thatsachen und berücksichtigt danach: daß bald nach der mündlichen Vereinbarung und derselben ganz entsprechend die Waaren mit einer Factura von dem Vater des Simon L. geschickt worden, und daß Simon L. dann die Abschlagszahlung *für seinen* Vater vom Beklagten erhalten und angenommen hat, so erscheint es klar und mußte auch dem Beklagten klar sein, daß hier Umstände vorliegen, aus denen im Sinne des Art. 52, Abs. 2 des H.-G.-B.s sich ergibt, daß Simon L. für seinen Vater aufgetreten war. Mit dem in diesem Sinne von Simon L. Vereinbarten hat sich dann später der Beklagte nach Annahme der Waaren und der Factura einverstanden erklärt.

(Aus einem Urtheile des Oberappellationsgerichts zu Jena vom 9. Februar 1867.)

Digitized by Google

Art. 111.

Woran erkennt man, ob im einzelnen Falle eine Gesellschaft unter ihrer Firma oder die einzelnen Gesellschafter geklagt haben?

Es war eine Klage auf Bezahlung der rückständigen Kaufgelder für gelieferten Hopfen, und zwar nach ihrem Rubrum und nach ihrer Unterschrift von den Hopfenhändlern Silbermann & Kraft in Nürnberg erhoben worden, zu welcher später die notarielle Beglaubigung auf der Vollmacht beigebracht wurde, daß die beiden Aussteller der letzteren (Silbermann & Kraft) sich zu einer Handelsgesellschaft vereinigt haben, und daß die Firma der letzteren den persönlichen Eigennamen ihrer Inhaber entnommen ist. Besteht nun in Nürnberg eine offene Handelsgesellschaft mit der Firma Silbermann & Kraft, und wird diese Gesellschaft auch nur von 2 Gesellschaftern, deren Zunamen beide in die Firma aufgenommen sind, gebildet, so ist die Bezeichnung: „Silbermann & Kraft" an sich zwar doppeldeutig, indem sie ebensowohl die Firma der Gesellschaft, als die Namen der beiden Gesellschafter bedeuten kann, und es hiernach scheinen könnte, daß die Klage angebrachtermaßen abzuweisen sei; allein es fehlt vorliegenden Falles nicht an Anhaltepunkten, welche die Interpretation rechtfertigen, daß die Gesellschaft unter ihrer Firma geklagt habe. Gleichgiltig ist hierbei, daß die Hopfenhändler Silbermann & Kraft und nicht die Hopfenhandlung geklagt hat, weil die Wahl jener Bezeichnung (der Klägerschaft) statt dieser, zumal für eine Reihe von Handelsgeschäften die Bezeichnung einer Handelsgesellschaft, die solche betreibt, als „Händler" oder als „Handlung" gleich gebräuchlich, für manche andere sogar (z. B. für Getreidehändler, Pferdehändler, Viehhändler ꝛc.) die erstgedachte Bezeichnung fast allein üblich ist, wie denn auch eine aus mehreren Personen bestehende Gesellschaft selbst bei Gebrauch ihrer Firma regelmäßig im Pluralis und nicht im Singularis sprechen und namentlich in der ersten Person nicht: „ich" und „mich" sondern „wir" und „uns" als Personbezeichnung wählen, sodaß auch der Gebrauch des Pluralis gegen die hiervon angenommene Interpretation sowenig entscheidet, wie der Umstand, daß die Firma bez. das kaufmännische Geschäft in der Klage gar nicht, sondern erst in der notariellen Beglaubigung der Vollmacht erwähnt ist, da auch eine

Digitized by Google

Firma ohne Weiteres unter ihrem Namen auftreten wird, ohne erst auseinanderzusetzen, daß die Firma die Bezeichnung eines kaufmännischen Geschäftes bedeute und ohne regelmäßig schon in der Klage ihr Bestehen und ihre Eintragung in die Handelsregister nachzuweisen.

Dagegen sprechen folgende Momente in ihrem Zusammenwirken dafür, daß die Handelsgesellschaft unter ihrer Firma hier aufgetreten ist.

A. Die Weglassung der Vornamen, die, falls einzelne Personen auftreten, zwar nicht die Verletzung einer absoluten Vorschrift involvirt, aber durch die Ungenauigkeit, die mit ihr verbunden ist, und die Verwechselung, die sie herbeiführen kann, manchen Anfechtungen aussetzt und die jedenfalls, worauf hier ein besonderes Gewicht zu legen ist, durchaus gegen die Ueblichkeit und Proceßpraxis verstößt;

B. die Wahl des Verbindungszeichens „&" wie es für die Copula „und" fast nur zur Verbindung mehrerer in einer Firma zusammengefaßten Namen gebräuchlich ist und auch in den von der Klägerschaft eingereichten Schriften in dem fortlaufenden Vortrage nirgends das „und" ersetzt hat;

C. der anerkannte Sprachgebrauch im Rechts- und Geschäftsleben, wonach eine Unterschrift: „Silbermann & Kraft" gewiß auf den ersten Blick und bis nicht besondere sonstige Momente hinzutreten, als die Bezeichnung einer Firma gedeutet werden wird;

D. die vom Notar beglaubigte Legitimirung der Firma aus den Handelsregistern, die sich an derjenigen Stelle findet, wo sie zunächst zu erwarten war, nämlich in der (als die eigentlich gültige bezeichneten) Vollmacht, durch welche das rechtliche Bestehen dieser Firma am 28. Januar ꝛc. und folgeweise, da die Fortdauer gehörig begründeter Rechtszustände präsumirt wird, bis auf Wetieres bewiesen wird.

(Aus einem Urtheile des Oberappellationsgerichts zu Jena vom J. 1867 Nr. 134 civ.) R.

Art. 281.

Wann ist die Bürgschaft ein Handelsgeschäft?

Der Kaufmann K. in W. hatte von einem Bremer Engrosgeschäfte zu verschiedenen Zeiten für 250 Thlr. Cigarren gekauft.

Digitized by Google

Als er dieses Kaufgeld innerhalb der ihm dazu gewährten Frist nicht zahlen konnte, verbürgte sich sein Vater für diese Schuld als Selbstschuldner, wogegen dem Sohne auf eine gewisse Zeit Credit bewilligt wurde. Nach Ablauf der Creditfrist verklagte das Bremer Engrosgeschäft den K.schen Vater als Bürgen auf Bezahlung des Kaufpreises im Ordinarprocesse. Beklagter verlangte Abweisung der Klage, weil das für Handelssachen vorgeschriebene summarische Verfahren allein hier statthaft sei. Dieses Verlangen hielt das Proceßgericht für unbegründet, weil die Entstehung der bürgschaftlichen Verpflichtung in concreto keinen handelsrechtlichen Charakter habe, und die Bürgschaft qu. außerhalb des Handelsrechts liege und die Anwendung des allg. d. H.-G.-B.s sowie des Verfahrens für Handelssachen ausschließe. Dagegen wurde in zweiter und dritter Instanz angenommen, daß die geklagte Bürgschaft eine Handelssache sei und die Einleitung des Verfahrens für Handelssachen erheische, wobei von folgenden Erwägungen ausgegangen wurde:

1. Zwar bestimme weder das Einführungsgesetz zum allgem. d. H.-G.-B. noch das allgem. d. H.-G.-B. selbst den Begriff der Handelssachen näher; allein jedenfalls sei ein Rechtsstreit über ein Handelsgeschäft als ein Rechtsstreit in Handelssachen aufzufassen. — Vgl. Busch, Archiv für Handelsrecht, Bd. I, S. 450. — Nach Art. 273, Abs. 1 des allg. d. H.-G.-B.s seien nun „alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte anzusehen," und der Umstand, daß ein Geschäft lediglich auf Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft sei, schließe nach Art. 277 des allg. d. H.-G.-B.s die Anwendung der für Handelsgeschäfte geltenden Grundsätze auf den anderen Contrahenten nur in den Fällen aus, in welchen dieß ausdrücklich bestimmt sei. — Vergl. v. Hahn, Commentar zum H.-G.-B., Vorbemerkung zu Buch IV, Tit. I, Abschnitt 1, §. 4, Bd. II, S. 2. — Da eine derartige beschränkende Bestimmung hinsichtlich der Eingehung einer Bürgschaft nicht existire, so sei ein von einem Kaufmanne abgeschlossener, zu seinem Handelsgewerbe gehörender Bürgschaftsvertrag, gleichviel ob der Kaufmann als Bürge auftrete oder die Bürgschaft ihm geleistet werde, ein Handelsgeschäft.

2. Im vorliegenden Falle sei nun von der Klägerschaft ihre

Digitized by Google

Kaufmannsqualität behauptet und von dem Beklagten zugestanden worden. Es beziehe sich auch der von der Klägerschaft behauptete Bürgschaftsvertrag auf ein von ihr abgeschlossenes unzweifelhaftes Handelsgeschäft, gehöre also zum Betriebe ihres Handelsgewerbes: dem klagenden Kaufmanne sei die fragliche Bürgschaft für eine unstreitige Handelsschuld (eines Kaufmannes an einem anderen) geleistet worden.

3. Um die Eigenschaft des fraglichen Bürgschaftsvertrags als eines Handelsgeschäfts zu begründen, bedürfe es daher nicht einmal der Bezugnahme auf die Präsumtion des Art. 274 des allgem. d. H.-G.-B.s, wonach die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge, mithin auch der von dem klagenden Kaufmanne abgeschlossene Bürgschaftsvertrag, bis zum Beweise des Gegentheils als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gelten.

4. Es brauche mithin ferner die allerdings controverse Frage nicht untersucht zu werden, ob der fragliche Bürgschaftsvertrag auf Grund des Art. 281, Abs. 2 des allg. d. H.-G.-B.s als Handelssache aufzufassen wäre, obschon Endemann, Handelsrecht, § 5, S. 26, Ziff. 6 und § 147, S. 702, Not. 3 ohne Weiteres in jeder Bürgschaft für ein Handelsgeschäft, welches die obengedachte Hauptforderung der Klägerschaft an des Beklagten Sohn — des Engrosisten an den Detailisten — unbestreitbar sei, finde.

5. Es sei nicht gerechtfertigt, für die handelsgeschäftliche Natur der fraglichen Bürgschaft auf die accessorische Eigenschaft der letzteren das entscheidende Gewicht zu legen, da nach der heutigen Anschauung die Bürgschaft als ein, wenn auch seinem Zwecke nach auf Sicherung eines anderen Credits abzielender, durchaus selbstständiger Creditleistungsvertrag in Betracht komme (Endemann, l. c., § 147, Note 6 u. 12, S. 702 u. 703) indem sie einen neuen obligatorischen Nexus begründe; aus ihrer Beziehung auf eine Obligation behufs Sicherung des aus dieser Geschuldeten folge zwar, daß der Bürge nicht für mehr hafte, als der Hauptschuldner, und daß insoweit auch die Beschaffenheit der Hauptschuld für den Bürgen maßgebend sei, aber die subsidiäre Verpflichtung des Bürgen leite ihren Ursprung nicht aus dem Hauptgeschäfte ꝛc., sondern einzig und allein aus dem Bürgschaftsvertrage ab, zumal im concreten Falle, wo Beklagter als Selbstschuldner sich

Digitized by Google

verpflichtete, die accessorische Natur der Interception desselben noch mehr verschwindet.

(Aus Erkenntnissen des Appellationsgerichts zu Eisenach und des Oberappellationsgerichts zu Jena vom Jahre 1866 bez. 1867.) R.

Art. 342.

Verfügungsbefugniß bezüglich verkaufter Waaren.

Der Verkäufer kann so lange über die von ihm verkauften Waare noch verfügen, als er dieselbe dem Käufer noch nicht übergeben hat. Erst von dem Momente der Uebergabe an hört das Recht des Verkäufers an den betreffenden Gegenständen auf und fängt das des Käufers an; er wird Eigenthümer, wenn der Verkäufer es war, er erlangt dagegen conditionem usucapiendi (das sog. natürliche Eigenthum), wenn der übergebende Verkäufer nicht Eigenthümer, sondern blos gutgläubiger Besitzer war. Bei Uebergabe von Gegenständen, wenn Käufer und Verkäufer entfernt von einander wohnen, kommt es darauf an, ob Spediteur, Fuhrmann, Post, Eisenbahn und Andere, welche den Transport der Gegenstände zu besorgen hatten, von dem Käufer oder von dem Verkäufer Auftrag hatten. Ersterenfalls ist die Uebergabe mit Empfangnahme des Kaufobjects von Seiten des Spediteurs ꝛc., im letzteren Falle nur mit Ablieferung an den Käufer selbst als erfolgt anzusehen. v. Martens, Handelsr., § 13; Curtius, sächs. Civilr., § 1388, Ziff. 5.

(Erk. des Eis. A.-G. 1861, B. c. S. 259.)

Königreich Preußen.

Aus der Praxis des Obergerichts zu Cassel.

Zu Art. 12. 13. 19. 86.

Ausschreiben des Civilsenates des Obergerichtes zu Cassel vom 15. Februar 1866.

Die bisher stattgefundenen öffentlichen Bekanntmachungen aus den Handelsregistern, bei denen auf Beschleunigung der Veröffentlichung, Vollständigkeit deren Inhalts, zugleich aber auch Vermeidung alles Ueberflüssigen, als den bei diesen Veröffentlichungen vorzugs-

Digitized by Google

weise maßgebenden Gesichtspunkten, nicht überall die erforderliche Rücksicht genommen ist, haben zu nachstehenden Bemerkungen, deren Mittheilung zur Nachahmung anburch erfolgt, Veranlassung gegeben:

1. Eine Wiederholung der Veröffentlichung — vgl. Art. 13 — erscheint der Regel nach nicht geboten und wird — abgesehen von dem Fall eines hierauf von dem Anmeldenden gerichteten Antrags — ausnahmsweise nur da für zweckdienlich erachtet werden können, wo in Berücksichtigung der concreten Verhältnisse eine allgemeinere Verbreitung im Interesse des dabei betheiligten Publicums liegt.

2. Die Aufnahme der Geschäftsbranche*) — z. B. betreibt ein Manufacturwaarengeschäft, ist Inhaber einer Colonialwaarenhandlung u. s. w. — erscheint nach den Zwecken, welche das H.-G.-B. überhaupt mit dem Eintrage in das Handelsregister resp. der Veröffentlichung aus diesem verbindet, ebensowenig zum Eintrag, wie zur Veröffentlichung aus dem Handelsregister geeignet.

3. Die Angabe „jeder Theilhaber vertritt die Gesellschaft" stellt sich als ein überflüssiger Zusatz — cf. Art. 102 mit Art. 86, Abs. 4 — dar und ist somit von dessen Aufnahme sowohl bezüglich des Eintrags wie der Veröffentlichung abzustehen.

4. Veröffentlichungen, aus denen die Zeichnung der Firma nicht ganz genau und speciell ersichtlich ist — z. B. der Art: „Isaak

---

Anm. des Einsenders.

*) Mit diesem Satz befindet sich das Obergericht in Uebereinstimmung mit dem königl. sächsischen (siehe dieses Archiv, V, S. 354. 355), sowie mit dem hannoverschen (cf. dieses Archiv, V, S. 460) Justizministerium. Derselbe ist zugleich eine Consequenz der Ansicht, daß andere als die ausdrücklich im H.-G.-B. angeordneten Eintragungen unstatthaft sind; eine Ansicht, welche wohl allgemein in Theorie (cf. Endemann, Handelsrecht, S. 103; Makower, Comm., S. 21, n. 16; v. Krämel, Comm., S. 31; Busch in seinem Archiv, Bd. I, S. 163. 164) und Praxis (cf. dieses Archiv, Bd. I, S. 535, Erk. des H.-A.-G. zu Nürnberg vom 6. Juli 1863; Bd. V, S. 36. 37, Erk. des Stadtgerichts zu Berlin, sowie die oben citirten Verordnungen) vertreten wird. Als anderer Meinung haben wir bislang nur den obersten österr. Gerichtshof gefunden, welcher in einem Erkenntnisse vom 4. Mai 1864 die Eintragung einer Handelsvollmacht in das Handelsregister für zulässig, ja unter Umständen sogar für nothwendig hält (Busch, Archiv, Bd. VI, S. 3). Man sehe jedoch hiergegen Busch in seinem Archiv, Bd. I, S. 58 sowie das citirte Nürnb. Erk. vom 6. Juli 1863 und den Beschluß des Stuttgarter Oberhandelsgerichts vom 16. Januar 1866 in Bd. IX, S. 451. Eine Mittelmeinung vertritt Agricola im Siebenhaar'schen Archiv für Wechsel- und Handelsrecht, XII, 293.

Digitized by Google

Mentel Rosenbaum betreibt ein Geschäft unter der Firma seines Namens," in welchem Fall es zweifelhaft bleibt, ob die Firmirung unter den beiden vollständigen Vornamen oder etwa nur als „J. M. Rosenbaum" oder als „Isaak M. Rosenbaum" erfolgt, können nicht gebilligt werden, und hat vielmehr die öffentliche Bekanntmachung der Firma im genauesten Anschluß an die deshalbige Zeichnung bei der Anmeldung resp. an den Eintrag in die betreffende Spalte des Handelsregisters zu geschehen.

5. Da eine Verzögerung des Eintrags beziehungsweise der Veröffentlichung für die dabei Interessirten in vielen Fällen erhebliche materielle Nachtheile nach sich ziehen kann, indem sich mit den so eben hervorgehobenen Zeitpunkten wichtige civilrechtliche Folgen verbinden — cf. Art. 25. 46. 87. 115. 129. 135. 155. 171. 233 — so wird in beiderlei Beziehung thunlichste Beschleunigung aufgegeben und insbesondere für unzulässig erklärt, daß, vielleicht in Rücksicht auf Kostenersparniß, die Veröffentlichung eines Eintrags in Erwartung noch anderweitiger Einträge hinausgeschoben werde. Zugleich muß in der öffentlichen Bekanntmachung das Datum der Eintragung enthalten sein.*)

(Aus den Annalen der Justiz und Verwaltung in Kurhessen, XIII, S. 45. 46 des officiellen Theils.)

Zu Art. 14.

Von wem sind die Kosten der Veröffentlichungen zu tragen?

Bericht des Obergerichts zu Cassel vom 14. Mai 1866.

Das Handelsgesetzbuch, indem es den Eintrag zum Handelsregister resp. die Veröffentlichung aus demselben vorschreibt, kann

Anm. des Einsenders.

*) Die hier besprochenen Fragen sind zwar fast sämmtlich der Art, daß, wenn sie einmal aufgeworfen sind, über deren Beantwortung kaum gestritten werden kann. Gleichwohl werden sich unbewußte Verstöße gegen die vom Obergericht ausgesprochenen Sätze in der Praxis nicht selten finden, namentlich da, wo das Handelsgesetzbuch dem Richterstand noch nicht in Fleisch und Blut übergegangen ist. Es erschien daher geeignet, auf diese Sätze — die, soviel mir bekannt, in diesem Archive sich noch nicht finden — hier wenigstens einmal aufmerksam zu machen; Material zu einer wissenschaftlichen Controverse sollen dieselben nicht abgeben.

Digitized by Google

hierbei und zwar in Rücksicht auf die Folgen, welche es an diese Acte für die betreffende Person (Gesellschaft) knüpft, nur davon ausgehn, daß diese Acte — Eintrag und Veröffentlichung — zunächst und vorzugsweise im Interesse dessen erfolgen, der sie veranlaßt hat.

In erster Linie ist es die Rücksichtnahme auf dieses Interesse, welche zu dem Postulat des Eintrags und der Bekanntmachung durch öffentliche Blätter — cf. Art. 12. 13 — geführt hat, woraus dann folgt, daß die in Realisirung dieses Endzweckes erwachsenden Kosten auch von demjenigen getragen werden, welcher sie veranlaßt hat. cf. § 9 des Einf.-Ges.*)

Daneben existirt auch noch ein Interesse mehr handelspolizeilicher Natur in Rücksicht auf dritte Personen und die Rücksichtnahme auf dieses öffentliche Interesse hat dahin geführt, den Handelsgerichten durch Bestimmung der öffentlichen Blätter — cf. Art. 14 — eine gewisse Einwirkung auf die Art und Weise der vorgeschriebenen Bekanntmachung einzuräumen. Also nicht die Bekanntmachung durch öffentliche Blätter an und für sich, sondern nur eine Modalität dieser vorgeschriebenen Veröffentlichung ist es, welche sich als Ausfluß der Rücksichtnahme auf jenes öffentliche Interesse erweist, und hieraus folgt, daß die Kosten der Veröffentlichung nicht vom Staat, sondern von demjenigen getragen werden müssen, welcher sie veranlaßt hat.

Mit dieser Auffassung stimmt auch die Verfahrungsweise in andern Ländern überein, wo, soweit man Gelegenheit hatte, davon Kenntniß zu nehmen, die Insertionskosten überall auf Rechnung der betreffenden Person gehn, und daß diese Ansicht auch dem Einf.-Ges. vom 3. Mai 1865 zu Grunde liege, ergibt sich auf das Bestimmteste aus den Ausführungen des landständischen Berichtes zu § 34 des

*) § 9 des kurhessischen Einführungsgesetzes vom 3. Mai 1865 lautet: Die in Art. 14 des H.-G.-B.s vorgeschriebene Bekanntmachung hat das betr. O.-Ger. zugleich Namens der Untergerichte seines Bezirks, und zwar, sofern ein zur Veröffentlichung von Regierungserlassen im ganzen Lande bestimmtes Blatt vorhanden ist, durch dieses, außerdem durch das betreffende Provinzialwochenblatt zu erlassen.

Die Veröffentlichungen aus dem H.-Reg. erfolgen in der vorgedachten Weise und durch ein weiteres vom O.-Ger. zu wählendes Blatt. Daneben findet Veröffentlichung durch weitere Blätter auf und nach Antrag der Betheiligten statt. Die Kosten hat derjenige zu tragen und auf Anweisung des Gerichts vorzuschießen, welcher die Veröffentlichung veranlaßt.

Digitized by Google

Einf.-Ges., wie es denn auch in dessen § 9 nicht etwa in lediglicher Beziehung auf den unmittelbar vorher erwähnten Antrag der Betheiligten, heißt: „wer die Veröffentlichung beantragt," sondern allgemein: „wer die Veröffentlichung veranlaßt."

Aus dem Gesagten ergibt sich nun

1. daß die Insertionskosten auch der von den Gerichten bestimmten Blätter von den betreffenden Personen und nicht vom Staat zu tragen sind, und
2. daß die Uebersendungen der Proclamata an die Expeditionen dieser Blätter durch die Post nicht unter dienstlicher Contrasignatur und ebensowenig unter Notirung des Porto geschehen dürfen.

Das Justizministerium hat die Ansicht des Obergerichts mittels Beschlusses vom 18. Mai 1866 gebilligt.

(Aus den kurh. Annalen, XIII, S. 63—65.)

Zu Art. 26.

Ein Ausschreiben des kurhessischen Justizministeriums vom 18. Juli 1866 ordnet, um die Gerichte in Stand zu setzen, den ihnen bezüglich der Anmeldungen im H.-Reg. auferlegten Verpflichtungen nachkommen zu können, an, daß die Steuerinspectionen alljährlich zu bestimmten Zeiten Abschriften resp. Auszüge aus den Heberollen der „Handeltreibenden", „der großen Gewerbsanlagen" und „der Handwerker" den Untergerichten mitzutheilen haben; und verfügt weiter — im Interesse der den Obergerichten über die Führung des Handesregisters durch die Untergerichte zustehenden Controle (cf. Busch in diesem Archiv, III, 164—167; IX, 448 in der Anm.) — daß die Untergerichte sämmtliche in diesen Auszügen genannte Personen in ein Verzeichniß zusammenzustellen und, nachdem dazu bemerkt ist, welche der Aufgeführten bereits vor und welche in Veranlassung der Mittheilung der Steuerinspection eingetragen, welche als zum Eintrag nicht berechtigt resp. verpflichtet angesehen sind und bezüglich welcher die erforderliche Sachuntersuchung eingeleitet und noch im Gange ist, dieses Verzeichniß an das betreffende Obergericht einzusenden haben.

(Aus den kurhess. Annalen, XIII, S. 70—72.)

Digitized by Google

Abhandlungen.

I.

Beantwortung der Frage: „Inwieweit haftet der Uebernehmer einer Handelsfirma für die Handelsschulden des früheren Inhabers dieser Firma nach den Vorschriften des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs?" und Vorschläge zur gesetzlichen Regelung dieser Frage.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath von Kräwel in Naumburg.

Diese wichtige Frage ist leider eine sehr streitige. Sie wird so verschieden beantwortet, weil das Handelsgesetzbuch selbst dieselbe nicht entscheidet. Nur bei der Vorberathung ist diese Frage erörtert. Von allen Seiten nimmt man deshalb auf die Protocolle der Nürnberger Commission Bezug, und folgert aus dieser oder jener Stelle, welche man aus dem Zusammenhange herausnimmt, daß die streitige Frage so oder so beantwortet werden müsse.

Es ist deshalb nöthig den Inhalt der Vorarbeiten im Zusammenhange zu geben, ehe wir zur Beurtheilung der ausgesprochenen Ansichten, und zur selbstständigen Beantwortung der aufgeworfenen Frage übergehen können.

Art. 27 des preuß. Entwurfs zum H.-G.-B. lautete ganz wie jetzt Art. 23 des H.-G.-B.s:

> Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig.

Digitized by Google

Hierzu sagen die Motiven (S. 19):

Die bisher hervorgehobenen Gründe sprechen nur für die Gestattung der Uebertragung eines bestehenden Handelsgeschäfts mit der Firma, welche für dasselbe bisher geführt wurde. Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem durch sie bezeichneten Handelsgeschäfte, fällt dagegen unter den Gesichtspunkt einer unzulässigen Uebertragung eines Namens, und mußte deshalb, wie im Art. 27 (jetzt Art. 231) geschehen, verboten werden.

Nachdem inhalts S. 41 der Protocolle Art. 27 (23) ohne Debatte einhellig angenommen worden war, brachte ein Mitglied Folgendes vor:

Es gebe zweierlei Arten der Uebertragung einer Handlung, entweder mit activis und passivis, oder ohne solche. Der Entwurf verbiete die letztere mit Recht im Art. 27. Daraus folge von selbst, daß jede zulässige Uebertragung einer Handlung an einen andern eine Uebertragung mit activis und passivis sein muß, und in einem solchen Falle hafte der Eintretende nach entschiedener kaufmännischer Ansicht für alle Schulden der übernommenen Firma. Gemeinrechtlich sei es aber sehr zweifelhaft, ob eine solche Erklärung (welche?) den Gläubigern des Uebertragenden ein Klagrecht gegen den Uebernehmenden gebe, und um diese Zweifel zu beseitigen, würden sich Vorschriften ähnlich denen im § 31 und 32 des österreichischen Entwurfs empfehlen. Man stellte deshalb den Antrag, nachfolgende Bestimmungen in das Gesetz aufzunehmen:

Der Uebernehmer (Erwerber) einer Handlung ist zur Erfüllung aller Handlungsverbindlichkeiten der früheren Inhaber der Handlung unter Ausschluß der Einrede der Vorausklage und der Abtretung des Klagerechts — verpflichtet. . . .

Die Debatte hierüber wurde jedoch vertagt, und erst bei der zweiten Lesung wieder aufgenommen. Hier wurden nämlich nach S. 1431 flg. der Protocolle zwei Anträge gestellt, der erste unter A. ging dahin, zu bestimmen:

A. 1.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt und unter der bisherigen Firma fortführt, haftet den vorhandenen Gläubigern des übernommenen Geschäfts als Solidarschuldner, ohne daß ihm die Einrede der Theilung oder der Vorausklage zusteht.

Digitized by Google

2.

Auch ohne Beibehaltung der bisherigen Firma trifft die gleiche solidarische Haftpflicht denjenigen, welcher in öffentlichen Blättern, durch Circuläre oder in sonstiger Weise bekannt macht, daß er ein bestehendes Handelsgeschäft übernommen habe.

Eine Ausnahme findet nur statt, wenn und insoweit aus der bekannt gemachten Anzeige deutlich erhellt, daß der Uebernehmer sich den vorhandenen Gläubigern überall nicht, oder nur in beschränkter Weise verpflichten wollte. —

3.

Wird ein bestehendes Handelsgeschäft von einer Handelsgesellschaft übernommen, so haften die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen für die Schulden des übernommenen Geschäfts in gleicher Weise, wie für die eigenen Schulden der Gesellschaft. . . .

Dafür wurden folgende Gründe angeführt. Daß ein praktisches Bedürfniß bestehe, die in dem Antrage angeregten Fragen im Gesetzbuche zu entscheiden, sei außer Zweifel. Es frage sich nur, von welcher juristischen Auffassung man bei Feststellung der betreffenden Bestimmungen auszugehen habe. Häufig verweise man hierbei auf die bereits mehrfach praktisch gewordene Ansicht, daß, wenn zwei Personen unter sich einen Vertrag schlössen, der die Interessen eines Dritten berühre, dieser Dritte zur Anstellung nützlicher Klagen aus einem solchen Vertrage berechtigt sei. Von dieser nach Ansicht der Antragsteller nicht gerechtfertigten Anschauung sei bei ihrem Antrage nicht ausgegangen, deshalb auch die Berechtigung der Gläubiger eines Handelsgeschäfts gegen dessen Uebernehmer von dem Uebernahmevertrage nicht abhängig gemacht. Es sei vielmehr davon ausgegangen, daß in der angezeigten Uebernahme eines Handelsgeschäfts eine Erklärung des Uebernehmenden in einem obligatorischen Sinne, eine Aufforderung an die Gläubigerschaft des Handelsgeschäfts liege, ihre Angelegenheiten mit dem Uebernehmenden zu ordnen, daß also eine solche Uebernahme gewissermaßen eine appromissio, ein constitutum debiti alieni enthalte. Das, was hierbei allein im Hinblicke auf das gemeine Recht Bedenken errege, liege darin, daß man einer solchen einseitigen Erklärung eine bindende Kraft ohne Acceptation

Digitized by Google

der interessirten Gläubiger beilege. Aber die Supplirung einer solchen Acceptation könne man ohne Bedenken in Uebereinstimmung mit der Anschauung des Kaufmannsstandes in dem öffentlichen Bekanntwerden jener obligatorischen Erklärung finden. . . . Der Grundgedanke des Antrags sei schon im Art. 25 und 112 des Entwurfs angenommen.

Der zweite Antrag lautete:

B. 1.

Wird die Uebernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts mit activis und passivis von den Betheiligten bekannt gemacht, so haftet der neue Geschäftsinhaber den bisherigen Handelsgläubigern nach Maßgabe seines mit dem früheren Geschäftsinhaber in Betreff der Uebernahme abgeschlossenen Vertrages.

Die Handlungsgläubiger können auf Grund der Bekanntmachung unmittelbar gegen den neuen Geschäftsinhaber klagen.

2.

Der frühere Geschäftsinhaber bleibt verhaftet, bis die Schuld getilgt ist. . . .

3.

Wird ein bestehendes Handelsgeschäft mit activis und passivis von einer Handelsgesellschaft übernommen, und die Uebernahme bekannt gemacht, so haften die Gesellschafter nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen für die Schulden des früheren Geschäftsinhabers in gleicher Weise, wie für die eigenen Schulden der Gesellschaft. . . .

Motive.

Der Antrag hat den gewöhnlichen Fall zur Voraussetzung, daß bei Uebernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts mit activis und passivis diese Thatsache von dem früheren und jetzigen Inhaber in handelsüblicher Weise bekannt gemacht worden. Darin liegt eine Aufforderung an die Handelsgläubiger, die Berichtigung ihrer Ansprüche von dem neuen Inhaber entgegenzunehmen, sowie die Bereiterklärung des Letzteren hierzu. . . .

Bei der hierauf erfolgenden Berathung wurde das Bedürfniß,

Digitized by Google

solche Bestimmungen in das Gesetz aufzunehmen, nach S. 1432 bestritten, weil die thatsächlichen Verhältnisse, um deren rechtliche Beurtheilung es sich hier handle, so außerordentlich verschieden seien, und die Absicht der Contrahenten so vielgestaltig sei, daß es unmöglich erscheine, die erforderlichen rechtlichen Bestimmungen in wenigen Sätzen zusammenzufassen, ohne daß dabei dem Leben und dem Rechtsgefühle der Betheiligten Gewalt angethan würde.

Insbesondere sei der Umstand, daß man hierbei auf die Rechtsverhältnisse bei Erbschaftsantretungen, bei Erbvertheilungen, sowie bei minderjährigen Erben Rücksicht nehmen müsse, eine Quelle von Schwierigkeiten, welche mit dem Vortheile, der aus der Aufnahme von Bestimmungen im Sinne der vorliegenden Anträge erreichbar sei, in keinem Verhältnisse ständen, zumal in den meisten Fällen aus dem Uebernahmsvertrage und den Erklärungen der Betheiligten sich werde ermitteln lassen, ob der Uebernehmer des Geschäfts auch die Uebernahme der Schulden bezwecke oder nicht.

Von anderen Seiten wurde die Bedürfnißfrage bejaht, und bei der Wichtigkeit der Sache und dem Umstande, daß es sehr controvers sei, wie weit der Uebernehmer für Schulden des Vorgängers hafte, jedenfalls auf einer speciellen Discussion der Anträge bestanden. Diese wurde denn auch mit 9 gegen 8 Stimmen beschlossen. Mit 10 gegen 7 Stimmen entschied man sich aber dafür, den Antrag B. zur Grundlage der Berathung zu nehmen.

Man schlug jedoch die Anlage A. als Amendement vor, und wurde nun dagegen angeführt: Vor allem müsse in Abrede gestellt werden, daß der Inhalt des Antrags A. im Principe schon in den Artikeln 25 und 112 bei der ersten Lesung angenommen sei. Der Art. 25 (Art. 23 des H.-G.-B.s) enthalte lediglich einen rechtspolizeilichen Satz, der den Uebertreter in Strafe bringen könne und insofern gute Wirkungen haben könne, aber auf die Gültigkeit der Geschäfte keinen Einfluß übe. Art. 112 (Art. 113 des H.-G.-B.s) beruhe auf den besonderen Verhältnissen der Handelsgesellschaften und könne deshalb nicht zur Consequenz gezogen werden. Die rechtliche Anschauung aber, auf welcher der Antrag A. beruhe, habe sehr erhebliche Bedenken gegen sich. Derselbe gehe davon aus, daß der Uebernehmer eines Handelsgeschäfts, wenn er die alte Firma beibehalte, oder wenn er bekannt mache, daß er ein Handelsgeschäft

Digitized by Google

übernommen habe, auch wenn dieß ohne die ausdrückliche Erwähnung geschehe, daß sämmtliche Activen und Passiven übernommen würden, dieß immer im obligatorischen Sinne, in der Absicht thue, sich für die Schulden des Vorgängers zu verpflichten. Man könne aber nicht mit Grund behaupten, daß diese Unterstellung in allen Fällen die richtige sei. ... Ein Kaufmann, welcher, vielleicht noch dazu unter Anwendung gangbarer Redeweisen, dem Publicum die öffentliche Anzeige mache, daß er das Handelsgeschäft eines anderen übernommen habe, thue dieß gewiß in der Regel nur in der Absicht, um die Kunden seines Vorgängers zu sich einzuladen. ... Selbst wenn angezeigt würde, daß er die Passiven übernommen, heiße dieß oft nicht mehr, als daß die Schulden des früheren Inhabers bei dem neuen bezahlt würden, versteht sich nur so lange, als der frühere die Mittel dazu biete. Dieß sei ähnlich dem Falle, wenn eine Actiengesellschaft bekannt mache, daß Zinsen und Dividenden bei diesem oder jenem Bankier bezahlt würden. Im Hinblicke hierauf müsse man zugeben, daß der Antrag A. auf einer gesetzlichen Fiction beruhe. Solche Fictionen seien nun allerdings hin und wieder unvermeidlich, aber in der Regel solle man sich derselben enthalten, und gesetzlich nichts Anderes sanctioniren, als was die wirkliche Absicht der Handelnden sei. Man führe sonst eine ganz besondere Rechtssprache ein, und zwänge den Kaufmann, zu überlegen, ob er, wenn er etwas sage, von Gesetzeswegen nicht so angesehen werden könne, als habe er etwas ganz Anderes gesagt. ...

Für den Antrag A. und gegen § 1 des Antrags B. wurde weiter geltend gemacht, im Wesentlichen beruhe A. und B. auf denselben Grundlagen. Beide Anträge stimmten dahin überein, daß den Gläubigern auf den Grund einer von ihnen nicht acceptirten Erklärung eine Klage gegen den Uebernehmer eines Handelsgeschäfts eingeräumt werde; ebenso darin, daß, um diese Klage möglich zu machen, das Geschäft mit Activen und Passiven übernommen sein müsse. Im Antrage A. sei nur angenommen, daß letzteres auch dann der Fall sei, wenn die Erklärung ohne weitere Limitation dahin gehe, daß das Handelsgeschäft übernommen werde. Der Unterschied bestehe aber darin, daß für die Modalitäten dieses Klagerechts nach dem Antrage B. nicht allein die Erklärung des Uebernehmers, wie sie nach außen kundbar werde, sondern auch der zwischen dem früheren Geschäfts-

Digitized by Google

inhaber geschlossene, regelmäßig geheim gehaltene Vertrag maßgebend sein sollte. Insofern habe aber dieser Vertrag die erheblichsten Bedenken gegen sich; er werde die Wirkung haben, daß neben ihm Treue und Glauben unmöglich bestehen könne. Wenn der Uebernehmer eines Handelsgeschäfts öffentlich bekannt mache, daß er das Geschäft eines anderen mit Activen und Passiven übernommen, werde sich Jedermann für berechtigt halten, von ihm die Bezahlung der Schulden des Vorgängers zu erwarten, viele würden danach ihren Geschäftsverkehr mit dem Uebernehmer einrichten, Credit geben u. dgl. Da könne man gewiß nicht zugeben, daß des letztere deßungeachtet, wenn er nun in Anspruch genommen werden solle, sich darauf berufe, daß er nach Inhalt des Uebernahmsvertrages für gar keine Schulden oder nur für die eine oder andere einzelne Schuld des früheren Geschäftsinhabers einstehen werde.

Hierauf ward erwiedert, daß dieser Vorwurf auf einer vorgefaßten Meinung über die Bedeutung der öffentlichen Bekanntmachung beruhe. Durch letztere theile der alte Schuldner, welcher nach wie vor verhaftet bleibe, seinen Gläubigern mit, daß sie bei seinem Nachfolger ihr Guthaben entgegen nehmen könnten, keineswegs fordere er sie auf, dem Nachfolger auf seine Gefahr ihr Guthaben auf unbestimmte Zeit weiter zu creditiren. Wenn es sich nun einmal begeben sollte, daß der Geschäftsnachfolger befugt wäre, gegen den früheren Inhaber auf Rescission des Uebernahmegeschäfts zu klagen, so sei im Allgemeinen nicht abzusehen, wie darunter Treu und Glauben leiden könne, daß der Nachfolger die Gläubiger der früheren Zeiten an denjenigen eigentlichen Schuldner verweise, welchem sie ursprünglich creditirt haben. Selbstverständlich ständen den Gläubigern die gewöhnlichen civilrechtlichen Rechtsmittel wegen dolus zu Gebote, sobald deren Voraussetzungen gegeben seien.

Im weiteren Verlaufe der Berathung wurde hauptsächlich durch Anführung einer Mehrzahl einzelner Fälle zu zeigen versucht, daß keiner der vorgeschlagenen Rechtssätze Anspruch auf Anerkennung als allgemein zutreffende Regel habe, daß vielmehr die Uebernahme von Handelsgeschäften in den verschiedensten Abwechselungen vorkomme und daß jedenfalls auch die Rücksicht hierauf, sowie auf das Recht der Minderjährigen und Erben eines Kaufmannes eine große Menge einschränkender und modificirender Bestimmungen erforderlich machen

Digitized by Google

würde. Demgemäß wurde wiederholt beantragt, von Aufnahme von Bestimmungen über die Uebernahme von Handelsgeschäften Umgang zu nehmen. Eingehend auf diesen Antrag brachte man die Vorfrage, ob solche Bestimmungen in das Gesetz aufzunehmen seien, nochmals zur Abstimmung, wobei dieselbe mit 13 gegen 4 Stimmen verneint ward.

So schweigt denn das H.-G.-B. ganz über diese Frage. Deshalb erörtert v. Hahn dieselbe in seinem Commentare gar nicht.

Endemann sagt in § 18, S. 95 seines Handelsrechts: Die Uebertragung der Firma ist jedenfalls ein Zeichen, daß das Geschäft übertragen ist. Indessen ist der Schluß auf Uebertragung des Geschäfts mit allen Activen und Passiven keineswegs ein nothwendiger.

Auch Koch nimmt in seinem Commentare zum Art. 23 H.-G.-B. an, daß das H.-G.-B. nichts über die in Rede stehende Frage bestimme, und bemerkt in Anmerkg. 37, daß im Gebiete der Herrschaft des preuß. allg. L.-R.s die Uebertragung einer Handlung an einen Anderen unzweifelhaft kein Befreiungsmodus für den bisherigen Inhaber seinen Gläubigern gegenüber sei. Gegen den Uebernehmer erlangten die Gläubiger aus dem Vertrage desselben mit dem Uebertragenden auch kein Klagrecht, wenn sie dem Vertrage nicht beigetreten sind, und die ihnen etwa zugekommene Bekanntmachung des Uebernehmers, daß er die Passiven mit übernommen habe, nicht acceptiren.

Neuerlichst will man nun aber die Entdeckung gemacht haben, daß das H.-G.-B. unsere Frage doch entscheide.

So sagen

Anschütz und v. Völderndorf, S. 192

ihres soeben erschienenen Commentars zum H.-G.-B.:

„Indem das Gesetz im Art. 23 es für unzulässig erklärt, die Firma ohne das Geschäft zu übertragen, hat es zugleich gestattet, dieselbe mit dem Geschäfte einem anderen zu überlassen, doch bestimmen die Art. 22 und 24, welche darüber nähere Vorschriften geben, daß die Firma nicht stillschweigend und kraft des Gesetzes mit dem Geschäfte übergeht, sondern ausdrücklich übertragen werden muß, woraus sich ergibt, daß die Firma nicht etwa als Pertinenz des Geschäfts angesehen werden kann. Es fragt sich nun, was in den

Digitized by Google

Art. 22. 23 und 24 unter Uebertragung des Geschäfts verstanden wird?

Das Geschäft ist ein Inbegriff von Sachen (Waaren, Geräthschaften, Gebäuden ꝛc.), von Obligationen (Forderungen, Außenständen und Schulden, Rückständen), von Beziehungen und Verhältnissen im Verkehrsleben (Kundschaft, Geschäftsruf, Credit). . . .

Soll die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit, d. h. die Firma, auf einen Anderen übergehen, so kann dieß nur geschehen, daß dieser Andere vollkommen in die bisherige kaufmännische Persönlichkeit eintritt, daß er das Geschäft als solches in seiner Gesammtheit übernimmt, daß er die Person des bisherigen Geschäftsführers in seiner eigenen Person fortsetzt.

Daraus folgt, daß die Art. 22 und 24 nur einen solchen Uebergang des Geschäfts im Auge haben, in welchem das ganze Geschäft, die Geschäftsbestandtheile in ihrer Gesammtheit, das Etablissement, die Waaren und die Activen und Passiven übertragen werden, und daß der Art. 23 jede Ueberlassung der Firma, wenn nicht das Geschäft in dieser Gesammtheit übernommen wird, als unzulässig erklärt.

Daß dieses die Meinung des Gesetzes ist, ergibt sich deutlich aus den Protocollen, wo unter Anderem ausdrücklich bemerkt wird, es habe bei der Discussion der Artikel darüber kein Zweifel bestanden, daß es sich nur um solche Fälle handeln könne, in welchen das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen Activa und Passiva übergehen;" und ferner: das Gesetz verbiete mit Recht die Uebertragung einer Handlung ohne Activa und Passiva. . . .

Es gibt die Ueberlassung und die Uebernahme der bisherigen Firma nach Art. 23 nicht blos eine Vermuthung für Uebernahme des Geschäfts im Ganzen, sondern es bewirkt dieselbe diese Uebernahme kraft des Gesetzes; wer die Firma führt, haftet unbedingt und unbeschränkt für alle Schulden und ist Gläubiger in allen Forderungen des Geschäfts, welches unter der Firma geführt wird, ohne Rücksicht darauf, welche physische Person als Geschäftsinhaber dieselbe contrahirt hat. . . .

Daß sich die Gläubiger ohne Weiteres wegen der Passiva an den Firmenträger halten dürfen, wird nicht bestritten werden können. Aus Art. 23 folgt sogar, daß dieses Recht selbst durch eine zwischen dem bisherigen Geschäftsinhaber und dem neuen Erwerber geschlossene

Digitized by Google

Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann, denn dieß ist ja gerade der Zweck des Artikels."

Prüfen wir nun diese Gründe!

Die Commentatoren stellen den Satz auf: Soll die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit d. h. die Firma auf einen Anderen übergehen, so kann dieß nur so geschehen, daß der Andere das Geschäft in seiner Gesammtheit übernimmt.

Daß dieser Satz unrichtig ist, lehrt die tägliche Erfahrung, denn in der That kommt es häufig vor, daß die Firma ohne die Gesammtheit des Geschäfts, namentlich ohne dessen Passiva übertragen wird. Daß dieß geschehen kann, läßt sich also nicht bestreiten. Ob dieß aber geschehen darf, das ist die Frage.

Anschütz und Völderndorf behaupten, Art. 23 des H.-G.-Buchs habe den Zweck, den Uebergang der Firma ohne die Passiva zu einer rechtlichen Unmöglichkeit zu machen.

Das widerspricht indeß den oben bereits angegebenen Motiven zum Art. 23.

Danach wollte man die Veräußerung der Firma an sich, ohne das Handelsgeschäft verbieten, weil diese Veräußerung unter den Gesichtspunkt einer unzulässigen Uebertragung eines Namens falle.

Dieß Verbot kann doch aber nur die Handlung wirkungslos machen, durch welche es übertreten wird. Es kann dieß Verbot also nur die Folge haben, daß die Ueberlassung der bloßen Firma, weil sie gegen das Gesetz verstößt, ungültig ist, daß also der neue Erwerber die Firma gar nicht führen darf. Art. 23 enthält auch nicht eine Andeutung davon, daß bei Uebertretung dieses Verbots die Firma doch übergehe, und dieser Uebergang auch noch besondere civilrechtliche Folgen für den Erwerber der bloßen Firma haben solle.

Zwar beziehen sich die beiden Commentatoren auch noch auf den Inhalt der Protocolle. Zunächst auf S. 39 und 40, wo gesagt ist:

> Es schien geboten, auch für den Fall Vorsehung zu treffen, in welchem die Firma nicht von allen bisherigen Inhabern veräußert wird und an Andere übergeht, sondern nur eine theilweise Aenderung in den Personen der bisherigen Inhaber statt hat.
>
> Bei der hierüber erfolgten Discussion bestand kein Zweifel darüber, daß es sich nur um solche Fälle handeln könne, in welchen neben der Firma das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen

Digitized by Google

Activa und Passiva ohne völlige Liquidirung des (der?) Letzteren von einem der mehreren Theilhaber allein übernommen werden, oder wo der einzige Inhaber einem Eintretenden einen Theil seiner Rechte einräumt, weil die Uebertragung bloßer Firmen ohne das Handelsgeschäft durch Art. 27 (23) verboten wird.

Man hat hier also auch gerade an den Fall gedacht, wo der einzige Inhaber einem Eintretenden nur einen Theil seiner Rechte einräumt, also z. B. auch nicht die sämmtlichen Activa und Passiva überläßt, und kommt darauf zurück, daß Art. 27 (23) nur die Uebertragung bloßer Firmen ohne daß Handelsgeschäft verbiete. Der von den Commentatoren aufgestellte Satz findet hier also keine Bestätigung.

Wenn ferner auf S. 1433 der Prot. verwiesen wird, wo ein Mitglied sagt: „das Gesetz verbiete mit Recht die Uebertragung einer Handlung ohne Activa und Passiva," so wird es genügen, hier auf die Widerlegung dieser bei der Berathung aufgestellten Behauptung zu verweisen, welche sich in den Gründen des später zu besprechenden Erkenntnisses des Ober-Tribunals zu Berlin S. 60 findet. (S. 63.)

Beide Commentatoren behaupten aber auch, daß sich ganz abgesehen von den Bestimmungen des H.-G.-B.s aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgern lasse, und deshalb nicht bestritten werden könne, daß sich die Gläubiger des früheren Firmenträgers ohne Weiteres an jeden späteren Inhaber der Firma halten können.

Die Protocolle ergeben indeß, daß dieser Rechtssatz bei der Berathung des H.-G.-B.s mit Erfolg bestritten ist, so daß man beschloß, ihn nicht in das H.-G.-B. aufzunehmen.

Ferner beziehen sich Anschütz und v. Völderndorf in Anmerkung 13 für ihre Behauptung auf Endemann, S. 87, Note 38. Dieser sagt aber:

Die Berechtigung der Geschäftsgläubiger, sich an den neuen Erwerber, welcher das Geschäft mit den Passiven übernommen hat, zu halten, findet, vorausgesetzt, daß die Uebernahme wirklich erklärt worden ist, wenigstens nach der Auffassung der Praxis keinen Zweifel.

Endemann ist also weit davon entfernt zu behaupten, daß der neue Firmeninhaber auch dann den vorhandenen Handelsgläubigern

Digitized by Google

hafte, wenn er gar nicht erklärt hat, daß er die vorhandenen Passiva übernehmen will.

Endlich beziehen sich die beiden Commentatoren auch noch auf die Bd. I, S. 29 dieses Archivs angeführten Präjudicate.

Busch sagt an dieser Stelle S. 26:

Die Frage: ob der Erwerber eines Handelsgeschäfts mit diesem ohne Weiteres die ausstehenden Forderungen erwirbt und in die Schulden desselben mit eintritt oder nicht, ist in dem Gesetzbuche nicht entschieden. . . .

Bei ihrer Beantwortung muß man unterscheiden:

1. Das Verhältniß zwischen dem Veräußernden und dem Erwerber. Dieses bestimmt der zwischen beiden geschlossene Vertrag, wobei nur zu bemerken ist, daß ein Handelsetablissement mit activis und passivis, aber auch ohne solche veräußert werden kann, und es ist ein offenbarer Irrthum, wenn S. 41 der Protocolle behauptet ist: Die Uebertragung einer Handlung ohne activa und passiva sei im Art. 23 verboten; vielmehr verbreitet dieser blos die Veräußerung einer Firma allein, d. h. ohne Handelsgeschäft...

Wie steht es aber, wenn die Contrahenten hierüber nichts bestimmt haben, sondern nur gesagt ist, daß der A. dem B. sein Handelsgeschäft überlasse? Gelten dann die Handelsschulden als von B. übernommen? . . .

Delbrück*) verneint diese Frage nach gemeinem Rechte, glaubt aber, daß sich ein feststehender Handelsgebrauch dahin gebildet habe:

Wer das Recht erlangt, eine schon vorher bestehende Firma zu zeichnen oder mitzuzeichnen, haftet dem Gläubiger, wenn er nicht zur Zeit der Erlangung dieses Rechts das Gegentheil öffentlich erklärt hat, auch für diejenigen Schulden, mit denen die Firma schon vorher belastet gewesen.

Nun haben wir aber aus den Berathungen bei Abfassung des H.-G.-B.s gesehen, daß Delbrück irrte, wenn er annahm, daß sich ein solcher feststehender Handelsgebrauch gebildet habe, welcher ja auch gegen das gemeine Recht verstoßen würde.

Was nun noch die von Busch angeführten Präjudicate betrifft,

*) Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden, S. 39.

Digitized by Google

so sind sie sämmtlich älter als das H.-G.-B. und berühren die Frage nicht, ob der spätere Firmenträger als solcher, auch wenn er dem früheren Inhaber gegenüber erklärt hat, er wolle *für die Passiva nicht haften*, von den Handelsgläubigern des früheren Firmenträgers ohne Weiteres belangt werden kann.

Wir wenden uns nun zu dem unsere Frage betreffenden

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin.

Das Obertribunal hatte in dem Bd. VII, S. 195 dieses Archivs abgedruckten Erkenntnisse v. 18. Juli 1865 ausgeführt, daß die Vorschrift in Art. 113 des H.-G.-B.s, wonach derjenige Gesellschafter, welcher in eine bereits bestehende *Handelsgesellschaft* eintritt, für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten hafte, dahin zu verstehen sei, daß der neue Gesellschafter auch dann für die älteren Handelsschulden hafte, wenn er mit einem *Einzelkaufmanne* zusammentrete, und so erst durch sein Hinzutreten eine Gesellschaft entstehe.

In dem Bd. XI, S. 75 dieses Archivs abgedruckten Aufsatze habe ich meine Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung ausgesprochen.

Doch sagt das Ob.-Tribunal in den Gründen dieses Erkenntnisses vom 18. Juli 1865:

„Art. 113 setzt jedoch, wie sein Wortlaut zeigt, voraus, daß Jemand in eine bestehende Handelsgesellschaft, also *nicht in die Handlung eines Einzelkaufmanns* eintritt.

Zwar ist bei Berathung des H.-G.-B.s nach S. 279 der Protocolle vorgeschlagen worden, dem dem jetzigen Art. 113 entsprechenden Artikel des Entwurfs folgende Fassung zu geben:

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, *oder mit einem Einzelkaufmann* eine Gesellschaft eingeht, haftet für alle bereits begründeten Handelsschulden.

Dieser Antrag ist jedoch nach S. 283 a. a. O. noch in derselben Sitzung mit dem Vorbehalte zurückgezogen, darauf bei Berathung der Frage zurückzukommen, welche Pflichten der Uebernehmer einer Handlung gegen die zur Zeit der Uebernahme bereits vorhandenen Gläubiger der Handlung überkomme; und in der 171. Sitzung ist demnächst (nach S. 1431—5) beschlossen, über diese Frage keine

Digitized by Google

Bestimmungen in das Gesetz aufzunehmen. In Folge dessen hat denn auch die zweite, für den jetzigen Art. 113 in Vorschlag gebrachte Alternative:

> nach welcher das Eingehen einer Gesellschaft mit einem Einzelkaufmann rücksichtlich der Haftung für die bereits vorhandenen Handelsschulden dem Eintritt in eine bereits bestehende Handelsgesellschaft gleichgestellt werden sollte,

keine Aufnahme gefunden, und es ist dabei verblieben, daß nur derjenige, welcher in eine bereits bestehende Handelsgesellschaft eintritt, gleich den anderen Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten haften soll."

Während hier also das Ob.-Tribunal anerkennt, daß das H.-G.-Buch nichts darüber bestimmen wollte, welche Pflichten der Uebernehmer einer Handlung gegen die zur Zeit der Uebernahme der Handlung vorhandenen Gläubiger überkomme, behauptet es jetzt in den Gründen des S. 352 flg., Bd. 57 der Entscheidungen abgedruckten Erkenntnisse v. 14. Sept. 1866, daß diese Frage in Grundlage der Bestimmungen des H.-G.-B.s, und nach dem Sinne und Geiste derselben dahin beantwortet werden müsse:*)

> „daß die Gläubiger den neuen Erwerber in gleicher Weise, wie den früheren Firmainhaber wegen der von diesem contrahirten Handlungsschulden in Anspruch zu nehmen berechtigt sind, welche Bestimmungen in dem zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber abgeschlossenen Vertrage wegen der Uebernahme der Handlungsschulden auch getroffen sein mögen."

Zur Begründung dieses Satzes ist gesagt S. 354 a. a. O.:

> „Nach dem Art. 115 des H.-G.-B.s ist die Firma des Kaufmanns der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte treibt und seine Unterschrift abgibt. Die Firma ist mithin, da sie die Bestimmung hat, daß unter ihr von dem Kaufmanne seine Handelsgeschäfte betrieben werden, nicht als der blos persönliche, an seiner Person klebende Name des Kaufmanns aufzufassen; sie ist vielmehr, wie die Motive zum preuß. Entwurfe S. 18 sich ausdrücken, gewissermaßen ein Sachname, der Name des Geschäfts selbst, weil erfahrungsmäßig der einer Handlung gewährte Credit zum großen

*) S. 359 a. a. O.

Digitized by Google

Theile an der Firma haftet, und mit derselben auf den Geschäftsnachfolger übergeht. Die Firma ist deshalb ebenso, wie der persönliche Name von der Person, als unzertrennbar von der Handlung oder dem Geschäfte (Etablissement), welches unter ihr vom Kaufmanne geführt wird, anzusehen, und hat demgemäß Art. 23 des H.-G.-B.s bestimmt:

> Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig.

Dieß Verbot ist nach Ausweis der Motive zum preuß. Entwurf S. 19 auch*) um deßwillen erlassen, weil die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem durch sie bezeichneten Handelsgeschäfte, unter den Gesichtspunkt der unzulässigen Uebertragung eines Namens gefallen sein würde, und dieß zeige zugleich, daß die Firma als ein Sachname, als der Name des Geschäfts, welches unter der Firma geführt wird, angesehen werden muß.

Dadurch, daß dem Handelsgeschäft in der Firma ein besonderer Name beigelegt ist, daß das Geschäft durch diese seine Firma nach außen hin repräsentirt wird, und daß beide von einander unzertrennlich sind, ist dem unter der Firma geführten Handelsgeschäfte eine Art von Persönlichkeit beigelegt, welche sich bei offenen Handelsgeschäften (soll heißen Handelsgesellschaften) noch besonders dadurch manifestirt, daß diese zufolge Art. 111 des H.-G.-B.s unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können. Nach dem Beschlusse, welcher von der Nürnberger Abgeordneten-Versammlung, nach mehrfacher Berathung und wiederholter Erwägung, gefaßt worden, ist freilich der Handelsgesellschaft der Charakter einer juristischen Person abgesprochen, und wiewohl hiernach auch das unter einer bestimmten Firma geführte Handelsgeschäft sich nicht**) als ein Rechtssubject im streng juristischen Sinne betrachten läßt, so bildet doch ein solches Handelsgeschäft (Etablissement) ein für sich bestehendes abgeschlossenes Ganze, zu welchem als integrirende Theile nicht nur die Vorräthe

*) richtiger „nur".

**) richtiger „noch viel weniger".

Digitized by Google

und Untensilien, sondern auch die ausstehenden Handelsforderungen und contrahirten Handelsschulden gehören. Dieses Ganze, welches allerdings nicht als eine wirkliche universitas juris anzusehen ist, sich vielmehr nur als eine sog. universitas facti charakterisirt, wird in der Handelswelt dergestalt als einheitlicher Complexus aufgefaßt, daß, welche Personen auch die Träger der Firma sein mögen, dadurch diese Einheit an sich nicht alterirt wird, solche vielmehr unverändert und ungetrennt fortbestehen bleibt.

Wird nun ein derartiges Handelsgeschäft sammt Firma auf einen Anderen übertragen, so daß dieser in dasselbe nur vermittelst einer Singularsuccession eintritt und selbiges übernimmt, so bringt es die oben entwickelte Natur und das Wesen eines Handlungs-Etablissements mit sich, daß es als die Regel betrachtet und deshalb vermuthet werden muß, daß das Geschäft als einheitliches Ganze mit Allem, was dazu gehört, übertragen worden. . . .

Aus der Bestimmung des Art. 23 läßt sich allerdings nicht folgern, daß die Veräußerung der Firma und des Geschäfts nothwendig unter Uebertragung der sämmtlichen Activa und Passiva der Handlung auf den Uebernehmer erfolgen muß. Und ist es deshalb auch nicht richtig, wenn S. 41 der Protocolle behauptet ist: die Uebertragung einer Handlung ohne Activa und Passiva sei in dem Art. 23 verboten. Dieser Artikel verbietet vielmehr nur die Veräußerung einer Firma allein d. h. ohne das Handelsgeschäft.

Dagegen sind für die Beantwortung der Frage, ob bei der Veräußerung der Firma und des Geschäfts die bereis vorhandenen Handelsschulden als auf den neuen Erwerber mit übergegangen anzusehen sind? die Bestimmungen des Art. 113 des H.-G.-B.s von entscheidender Bedeutung.

Denn wenn derjenige, welcher in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, für alle schon vor seinem Eintritt contrahirten Schulden haftet, und selbst ein entgegenstehender Vertrag gegen Dritte, also die Gläubiger, ohne Wirkung ist, so muß dieß doch noch mehr als dann gelten, wenn Jemand ein bestehendes Handelsgeschäft, mit Ausscheidung des bisherigen Inhabers, allein und ganz übernimmt und unter der alten Firma fortführt. Freilich findet sich in den

Digitized by Google

Commissionsverhandlungen S. 250 (es muß heißen S. 280) bemerkt, daß bei dem Hinzutreten eines Gesellschafters zu der Handlung eines Einzelkaufmannes nicht das Bedürfniß der Bestimmung des Art. 113 bestehe, und danach scheint es, daß nach der Ansicht der Commission ein solches Bedürfniß auch nicht in dem Falle des Wechsels des Inhabers der Handlung als bestehend angenommen worden ist. In dieser bloßen Bemerkung läßt sich indessen keineswegs das Verbot*) antreffen, die Grundidee des Art. 113, daß dem, welcher eine Handlung mit den Activen erwirbt, auch die Passiven präsumtiv zur Last fallen, mittelst Ausdehnen der Erklärung oder Analogie auf solche Fälle zu erstrecken, welche unter jenen allgemeinen Grundsatz zu subsumiren sind.

Beide Fragen hängen vielmehr auf das engste zusammen und beruhen auf demselben Fundamente, nämlich darauf, daß der, welcher ein Handelsgeschäft ganz oder theilweise, durch Eintritt in eine Handelsgesellschaft erwirbt, mit dem Erwerbe auch in die bereits vorhandenen Schulden eintritt. Wo wie nach dem Art. 113 das Letztere gilt, muß man auch das Erstere gelten lassen, da ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Fällen nicht obwaltet.

Da nun unzweifelhaft die Rechte der Gläubiger der Handlung durch den zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber derselben abgeschlossenen Uebertragungsvertrag nicht geschmälert werden können, so müssen diese Gläubiger auch, wiewohl sie aus dem eben gedachten Grunde nicht verbunden sind, den Erwerber der Handlung statt des früheren Eigenthümers als ihren Schuldner anzunehmen, ihrerseits für berechtigt erachtet werden, sich an den neuen Erwerber wegen ihrer älteren Forderungen zu halten und denselben ohne Weiteres auf Zahlung zu belangen. Letzteres ist freilich bisher in der Theorie sehr streitig gewesen; anders verhält es sich jedoch hiermit nach der Ansicht des handeltreibenden Publicums und nach der handelsrechtlichen Praxis.

Danach muß angenommen werden, daß der Uebernehmer der

*) Man bedenke: das Ob.-Tribunal muß anerkennen, daß die Ausdehnung des Art. 113 auf den vorliegenden Fall den Worten des Artikels und der Absicht des Gesetzgebers entgegen, also unrichtig ist, das Ob.-Tribunal entscheidet sich aber doch für diese anerkannt unrichtige Auslegung, und führt als Grund dafür an, daß diese unrichtige Auslegung nicht besonders verboten worden sei.

Digitized by Google

Handlung für die bereits vorhandenen Schulden der Firma ebenso haftet, als wenn er sie selbst contrahirt hätte, und daß er daher auch von den Gläubigern dieserhalb ohne Weiteres und unmittelbar belangt werden kann. Und zwar dieß ohne alle Rücksicht darauf, was in dem zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber abgeschlossenen Vertrage in Betreff der Uebernahme der Schulden etwa besonders stipulirt worden ist. Diese Ansicht findet schon in den Vorlagen, welche in der Nürnberger Commission bei der Berathung der hier in Rede stehenden Frage zu deren Entscheidung gemacht, und in denen zu dem Ende gleiche oder doch ähnliche Bestimmungen zu erlassen in Vorschlag gebracht worden (S. 42 und 1439—1441), ihre volle Anerkennung und Bestätigung. Will man hierauf jedoch kein besonderes Gewicht legen, so hat doch jedenfalls jene Ansicht indirect durch die Bestimmungen des Art. 113 des H.-G.-B.s ihre Sanction gefunden."

In Gruchot's Beiträgen, Jahrg. 11, S. 266 hat Hoffmann bereits seine Bedenken gegen diese Entscheidung des Ober-Tribunals geäußert.

Die Frage ist jedoch von so großer praktischer Bedeutung, daß dieses Erkenntniß einer noch eingehenderen Besprechung bedarf.

Die Gründe des Ober-Tribunals sind also folgende:

1. Die Firma sei ein Sachname und als unzertrennbar von dem Geschäft anzusehen. Dieß Geschäft sei ein abgeschlossenes Ganze, zu welchem als integrirende Theile nicht nur die Waarenvorräthe und Untensilien, sondern auch die ausstehenden Handelsforderungen und contrahirten Handelsschulden gehörten. Nur dieß Ganze könne deshalb mit der Firma übertragen werden.

Wir werden später S. 69 zeigen, daß die Firma kein Sachname ist. Wäre übrigens die obige Schlußfolgerung richtig, so müßte man aus demselben Grunde annehmen, daß der Veräußerer einer Handlung nebst der Firma auch nicht befugt sei, sich die vorhandenen Activa ganz oder theilweise vorzubehalten. Dieß ist aber doch niemals behauptet worden.

2. Zuerst stützen sich zwar die Gründe auch auf Art. 23 des H.-G.-B.s, sie gestehen aber später zu, daß sich aus dieser Vorschrift der Satz nicht folgern lasse: die Veräußerung der Firma und des

Digitized by Google

Geschäfts müsse nothwendig unter Uebertragung der sämmtlichen Activa und Passiva der Handlung erfolgen.

3. Ferner berufen sich die Gründe des Ober-Tribunals auf die Vorlagen, welche bei der Berathung der in Rede stehenden Frage gemacht sind.

Diese Vorlagen sprachen aber nur die Ansicht einzelner Mitglieder aus. Gerade der Antrag, welcher der Ansicht des Ober-Tribunals entspricht, fand indeß den lebhaftesten Widerspruch. Derselbe wurde mit 13 gegen 4 Stimmen für unbegründet erachtet. Deshalb kann man die von der Commission gemißbilligten Vorschläge nicht zur Auslegung des H.-G.-B.s benutzen, vielmehr muß man behaupten, daß dieselben dem Sinne und Geist des H.-G.-B.s widersprechen.

4. Wenn jetzt das Ober-Tribunal seine Entscheidung auf den Art. 113 stützt, so steht ihm seine eigene Ausführung in dem oben erwähnten Erkenntnisse v. 18. Juli 1865 entgegen. Mit Recht hebt auch Hoffmann, a. a. O., S. 270 hervor, daß, wenn man die Anwendung des Art. 113 auf die Uebertragung eines Handelsgeschäfts für zulässig hält, man den Art. 113 nach dem Wortlaute und dem Grunde des Gesetzes auch dann zur Anwendung bringen müßte, wenn gleichzeitig die Firma geändert worden. Soweit geht aber das Ober-Tribunal selbst nicht.

Zwar behauptet das Ober-Tribunal noch, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Art. 113, welcher von dem Eintritt in eine Handelsgesellschaft handelt, und der hier zu entscheidenden Frage der Veräußerung einer Handlung von einem Einzelkaufmann an den anderen nicht obwalte.

Dennoch finden sehr erhebliche Unterschiede statt. Dieselben sind auch nach S. 280 der Protocolle bei der Berathung hervorgehoben. Es wurde bemerkt:

Bei den Societäten werde es allerdings eine große Verwirrung erzeugen, wenn man den Art. 113 nicht aufnehme. Man könne weder immer, wenn ein Gesellschafter beitrete, eine Abrechnung vornehmen, noch sei es ohne eine soche Abrechnung möglich, zu ermitteln, für welche Schulden ein Socius zu haften habe. Anders sei dieß bei einem Einzelkaufmann; dieser könne recht wohl bei dem Hinzutreten eines Gesellschafters eine Verrechnung vornehmen, und

Digitized by Google

auch ohne eine solche sei eine Auseinanderhaltung der früheren Schulden eines Kaufmanns, seiner Privatschuldner, von den seit Beginn der Gesellschaft erwachsenen Passiven recht wohl möglich. . . . Ferner wurde angeführt, daß ein Grund für die Bestimmung des Art. 113 darin liege, daß derjenige, welcher in eine Societät eintrete, schon im Voraus wisse, daß er bei einem Verhältnisse der Solidarität sich betheilige, und somit eine sehr weit gehende Haftbarkeit übernehme, was bei dem Eintritt in eine Einzelnhandlung nicht geschehe, weshalb auch hier eine gleiche Bestimmung nicht am Platze sei.

Man sieht, wie wohl man den wesentlichen Unterschied erkannte, den die Gründe des Ober-Tribunal in Abrede stellen.

5. Die ganze Ausführung des Ober-Tribunals läuft darauf hinaus, daß die von ihm entwickelte Natur und das Wesen eines Handlungs-Etablissements es mit sich bringe, daß es als Regel betrachtet, und deshalb vermuthet werden müsse, daß das Geschäft als einheitliches Ganze, also mit den Passiven übertragen sei.

Diese factische Vermuthung würde aber doch nach bekanntem Rechtsgrundsatz*) nur die Folge haben, daß der neue Erwerber die Vermuthung durch den Gegenbeweis zu entkräften hat, und darthun muß, daß er in der That sich nicht verpflichtet hat, die Handelsschulden des Veräußerers zu bezahlen. Wie das Ober-Tribunal dazu kommt, auch diesen Gegenbeweis für unzulässig zu erklären, dafür sind nicht einmal Gründe angegeben. Nur wenn das Gesetz selbst diese Vermuthung als eine unwiderlegliche praesumtio juris et de jure oder als eine gesetzliche Fiction aufstellte, wäre der Richter befugt, den angetretenen Gegenbeweis zurückzuweisen.

6. Endlich behauptet das Ober-Tribunal noch, wenn auch die von ihm aufgestellten Rechtssätze bisher in der Theorie streitig gewesen, so entsprächen sie doch der Ansicht des handeltreibenden Publicums und der handelsrechtlichen Praxis. Woher weiß das aber das Ober-Tribunal? Seine Gründe geben die Quelle dieser Wissenschaft nicht an.

Das Ober-Tribunal selbst war früher ganz anderer Ansicht, denn es führt in dem Erkenntnisse v. 12. Juni 1854**) aus:

---

*) Förster, Theorie, Bd. 1, S. 255.

**) Striethorst, Archiv, Bd. 11, S. 219 flg.

Digitized by Google

Es ist unzulässig, wenn der Oberappellationsrichter die einfache Erklärung des Verklagten, daß er die Handlung „käuflich" übernommen, dahin deutet, daß sie die ganze Handlung als eine universitas mit activis und passivis käuflich an sich gebracht haben, so daß sie auch für die Berichtigung der Schulden verantwortlich sein sollen. Denn wäre auch nur etwa der größere Theil des Waarenlagers mit der Berechtigung, die Firma fortzuführen, auf die Verklagten übertragen, so würde der Ausdruck „sie haben die Handlung käuflich übernommen" immer vollkommen richtig sein, es sich also recht gut denken lassen, daß sie die Haftbarkeit für die früheren Passiven dem früheren Inhaber überlassen haben.

Außerdem paßt aber der Begriff einer universitas juris überhaupt nicht auf den Inbegriff von beweglichem und vielleicht unbeweglichem Vermögen, welcher durch den Verkauf einer Handlung übertragen wird. Dieser Inbegriff wird sich nur als ein factischer darstellen können im Sinne des § 32, I, 2 a. L.-R.s, und der Grundsatz, daß der Uebernehmer auch Dritten gegenüber für die Schulden haftet, findet selbst, wenn ein ganzes Vermögen übertragen ist, nur ausnahmsweise bei Vitalition-Contracten ꝛc. vermöge der speciellen Bestimmung des § 19 des Anhangs zum allg. L.-R. Anwendung. Die Idee aber, eine Firma gewissermaßen als eine Corporation, eine juristische Person aufzufassen, ist unserer Handelsgesetzgebung fremd, und wenn dieselbe wohl de lege ferenda für wünschenswerth gehalten worden ist, so bezog sich dieß lediglich auf Gesellschaftsfirmen (vgl. Gelpke, Zeitschrift, S. 1 flg.), es war nicht die Absicht, solche Normen in allen und jeden Fällen, wo ein Einzelner ein Etablissement beibehält, für angemessen zu erklären.

Bestände freilich das Ober-Tribunal, wie ein Handelsgericht, zum Theil aus Kaufleuten, so könnte man annehmen, daß sich dessen neue Ansicht auf den inzwischen von den kaufmännischen Mitgliedern gemachten eigenen Erfahrungen im Verkehr gründe.

Uebrigens widerlegen auch die Beschlüsse der Nürnberger Commission, welche zum Theil aus Kaufleuten sowie aus ganz besonders im Handelsrechte erfahrenen Rechtskundigen bestand, die Behauptung, welche das Ober-Tribunal jetzt als die Ansicht des handeltreibenden Publicums und der handelsrechtlichen Praxis aufstellt.

Digitized by Google

Wie wenig endlich die vom Ober-Tribunal aufgestellten Rechtssätze dem Sinne und Geiste des H.-G.-B.s entsprechen, das ergibt sich auch daraus, daß die Commission mit 10 gegen 7 Stimmen beschloß, der Berathung nicht die Anlage A. zum Grunde zu legen, welche der jetzt vom Ober-Tribunal vertheidigten Auffassung entspricht. Man entschied sich vielmehr für die Anlage B., welche aber die Verhaftung des neuen Geschäftsinhabers für die vorhandenen Handelsschulden keineswegs bei der bloßen Fortführung der Firma, vielmehr nur dann eintreten lassen wollte, wenn die Betheiligten die Uebernahme des Geschäfts mit Activis und Passivis bekannt gemacht haben.

Mit Recht hebt auch Hoffmann*) hervor, daß mit dem vom Ober-Tribunal neuerlich aufgestellten Satze der in der Handelswelt allgemein übliche Erlaß besonderer Bekanntmachungen der Uebertragung und Uebernahme der Activa und Passiva, wenn diese stattgefunden hat, durch Briefe, Circulare und die Zeitungen im Widerspruch stehe.

Nachdem wir so diejenigen Gründe widerlegt zu haben glauben, welche von den beiden Commentatoren und dem Ober-Tribunal für die Bejahung unserer Frage aufgeführt sind, gehen wir zur

eigenen Beantwortung

derselben über.

Das H.-G.-B. sagt im Art. 15 ganz richtig:

> Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Ist aber die Firma nur der Handelsname eines bestimmten Kaufmanns, so können die unter diesem Handelsnamen geschlossenen Geschäfte auch nur denjenigen Kaufmann verpflichten, welcher zur Zeit des Geschäftsabschlusses diesen Handelsnamen, die Firma führte. Insbesondere können die unter der Firma ausgestellten Wechsel (ein solcher lag in dem zuletzt vom Ober-Tribunal entschiedenen Falle vor) nur eine Obligation des die Firma zur Zeit der Ausstellung des Wechsels Führenden erzeugen.

---

*) Gruchot, Beiträge, Bd. 11, S. 268.

Digitized by Google

Ganz richtig führt das Ober-Tribunal in seinem oben erwähnten Erk. v. 12. Jan. 1854 aus, daß es sachwidrig und unjuristisch ist, anzunehmen, solche Verträge begründeten gleichsam ein dingliches Recht auf die Waarenvorräthe oder die Handelsactiva des jedesmaligen Firmenträgers. Die Obligation des Firmenträgers ist eine rein persönliche, wie der Credit des Kaufmanns ein rein persönlicher ist.

In welchen Fällen gehen nun die Verpflichtungen des Firmenträgers auf den Erwerber seines Handelsgeschäfts über?

Ganz unzweifelhaft im Falle der Universalsuccession, also im Falle der Vererbung. Diese Fälle bedürfen keiner weiteren Erörterung.

Im Falle der Singularsuccession ist aber zu unterscheiden.

Führt der Singularsuccessor die alte Firma fort, so kann man wohl aus den vom Ober-Tribunal in seinem letzten Erkenntnisse aufgeführten Gründen hieraus die Vermuthung ableiten, daß er sich dem Vorbesitzer gegenüber zur Uebernahme der vorhandenen Schulden verpflichtet hat. Doch ist dieß nur eine thatsächliche Vermuthung, welche den neuen Firmenträger verpflichtet den Gegenbeweis zu führen. Derselbe besteht in dem Nachweise, daß der Erwerber der Firma bei der Uebernahme der Handlung sich ausdrücklich gegen die Uebernahme der vorhandenen Schulden erklärt hat. Hat er eine solche Erklärung nicht abgegeben, so spricht gegen ihn die Vermuthung, daß er in die Verpflichtungen des früheren Firmenträgers eingetreten ist.

Dem entsprechend hat auch das Appell.-Gericht zu Naumburg in Sachen Zeitz wider Haferburg auf den eingelegten Recurs den Beweis darüber angeordnet: ob der verklagte neue Erwerber der Firma die Schulden seines Vorgängers übernommen hatte. Nachdem ermittelt worden, daß die Verpflichtung des Verklagten, die Schulden seines Vorgängers zu bezahlen, ausgeschlossen worden, ist der Kläger durch Erkenntniß vom 10. Sept. 1857 mit seiner Klage abgewiesen.

Man könnte glauben, es würde dem praktischen Bedürfnisse abgeholfen, wenn nur die Gerichte an diesen Rechtssätzen bei der Entscheidung der Processe festhalten. Es bedürfe sonach keines Einschreitens der gesetzgebenden Gewalten.

Digitized by Google

Indeß ist bei der Verschiedenheit der Ansichten, welche sich in der Theorie und der Praxis geltend zu machen suchen, eine allgemeine Befolgung dieser richtigen Rechtssätze kaum zu erwarten, wenn sie nicht in einem Gesetze als Norm vorgeschrieben werden.

Es könnte sich aber fragen, ob man nicht bei dem Erlaß eines Gesetzes noch weiter gehen und sogar der Ansicht des Ober-Tribunals entsprechend verordnen könnte, daß derjenige, welcher eine bestehende Firma überkommt und fortführt, nun deßhalb unbedingt und in allen Fällen den bei der Uebernahme vorhandenen Handelsgläubigern hafte.

Damit würde man aber dem Verkehr ohne Grund Zwang anthun.

Es würde durch ein solches Gesetz die Veräußerung einer Firma ohne gleichzeitige Uebernehmung der sämmtlichen vorhandenen Handelsschulden ganz unmöglich gemacht. Nun kann man aber dem Uebernehmer einer Firma nicht im Interesse der vorhandenen Handelsgläubiger zumuthen, daß er sich ihnen gegenüber zugleich als Selbstschuldner verpflichte. Er würde damit eine große Gefahr übernehmen, weil er sich in Betreff des Betrages der vorhandenen Schulden hauptsächlich auf die Angaben des bisherigen Firmenträgers verlassen muß.

Auch fehlt es an Rechtsgründen, dem Erwerber der Firma die Verpflichtung aufzuerlegen, daß er die Schulden seines Vorgängers bezahle, wenn dieser Willens und im Stande ist, sein Schuldenwesen selbst zu reguliren.

Wollte man für die unbedingte Verhaftung des neuen Firmenträgers den Grund anführen, daß dieselbe eine dem Gläubiger nachtheilige Veräußerung hindere und verhüte, daß diesen durch die Veräußerung der Handlung die Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen würden, so setzt dieß ohne Weiteres eine rechtswidrige Absicht des Veräußerers voraus, während das Gesetz eine solche doch nicht fingiren und sie nicht zu seiner praesumtio juris et de jure machen darf. Es kann Fälle der Art geben, aber sie sind nicht die Regel.

Man begibt sich indeß dann auf ein ganz anderes Gebiet. Sind wirklich die vorhandenen Gläubiger durch die Veräußerung benachtheiligt, indem ihnen dadurch die Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen worden, so haben sie die actio Pauliana.

Namentlich ist in Preußen durch die §§ 99—112 der Concurs-

Digitized by Google

ordnung und durch das Gesetz v. 9. Mai 1855 betreff. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Concurses gegen solche die Gläubiger benachtheiligende Veräußerungen genügende Vorsorge getroffen.

Da jedoch die Gläubiger der veräußerten Handlung in dem Falle, daß der Fortführer der Firma die vorhandenen Schulden nicht übernommen hat, Veranlassung haben, ungesäumt ihre Forderungen gegen den bisherigen Schuldner geltend zu machen, und von diesem ihre Befriedigung zu erhalten, so scheint es geboten, daß der neue Firmenträger veranlaßt wird, die Nichtübernahme der vorhandenen Schulden, welche sich sonst der Kenntniß der Gläubiger entzieht, bekannt zu machen.

Deßhalb empfiehlt es sich, daß das zu erlassende Gesetz dem Uebernehmer einer Firma, welcher die vorhandenen Handelsschulden nicht übernommen hat, verpflichte: innerhalb einer kurzen Frist seine Firma zur Eintragung in das Handelsregister mit dem Zusatze anzumelden: er hafte für die vorhandenen Handelsschulden gar nicht oder nur in beschränkter Weise.

Somit dürfte das zu erlassende Gesetz dahin zu fassen sein:

Wer als Legatar oder durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt und unter der bisherigen Firma fortführt, haftet den vorhandenen Gläubigern des übernommenen Geschäfts in der Regel als Selbstschuldner.

Nur dann kann derselbe diesen Gläubigern gegenüber zu dem Beweise des Einwandes gelassen werden, daß bei dem Erwerb des Handelsgeschäfts seine Verpflichtung, für die vorhandenen Handelsschulden ganz oder in beschränkter Weise aufzukommen, ausdrücklich ausgeschlossen worden, wenn er innerhalb einer Frist von 2 Monat seit dem Erwerbe des Handelsgeschäfts seine Firma angemeldet und angezeigt hat, daß er für die Schulden entweder gar nicht, oder doch nur in beschränkter Weise hafte.

Das Handelsgericht hat dann diesen Zusatz mit der Firma in das Handelsregister einzutragen und unverzüglich zu veröffentlichen.

Digitized by Google

Es bleibt nun endlich noch der Fall zu erwägen, wenn der Erwerber des Handelsgeschäfts eine neue Firma annimmt. Aus dieser Annahme einer neuen Firma ist aber zu schließen, daß der neue Erwerber nicht an die Stelle des früheren Eigenthümers der Handlung treten und nicht mit ihm als eine und dieselbe Person angesehen werden will. Er fängt vielmehr das vorhandene Geschäft als ein neues und auf eigene Rechnung an.

In solchem Falle kann somit nur aus einer besonderen Erklärung des Uebernehmers, daß er für die vorhandenen Schulden haften wolle, eine Befugniß der Gläubiger, sich wegen ihrer Befriedigung an den neuen Erwerber der Handlung zu halten, gefolgert worden. Hat also der Uebernehmer durch Circular oder doch einzelnen Gläubigern gegenüber angezeigt, daß er das alte Geschäft mit den Passivis übernommen habe, und dasselbe, wenn auch unter neuer Firma, fortführe, so kann man in dieser Erklärung, wie dieß auch S. 1431 und 1440 der Protocolle hervorgehoben ist, eine Aufforderung des Uebernehmers an die vorhandenen Handelsgläubiger finden, sie möchten sich wegen ihrer Ansprüche an ihn halten. Es bedarf also in solchem Falle keines besonderen Nachweises dafür, daß der Uebernehmer sich auch dem Veräußerer gegenüber zur Bezahlung der bei der Uebernahme vorhandenen Schulden verpflichtet hat.

Fehlt es aber an einer solchen Bekanntmachung des Erwerbers der Handlung, derselbe hat sich aber dem Veräußernden gegenüber zur Bezahlung der vorhandenen Schulden verpflichtet, so hat nach strengem Rechte der Gläubiger eigentlich kein Recht, gegen den neuen Erwerber zu klagen, ehe er nicht dem Vertrage beigetreten ist, oder ihm der Veräußernde seine Rechte an den Erwerber abgetreten hat.

Bekanntlich hat man aber mit Erfolg den Satz aufgestellt*), daß nach deutscher Praxis der von zwei Contrahenten zum Vortheile eines Dritten verabredete Rechtsanspruch durch den Vertragsabschluß zur rechtlichen Existenz mit der Wirkung gelangt, daß der Dritte sofort die Erfüllung derselben gegen den Promittenten geltend machen kann.

*) Vgl. die Abhandlung von Busch: Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter, S. 29. Beilageheft zu Bd. 43 des Archivs für civilistische Praxis.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen dürfte noch ferner im Gesetze zu bestimmen sein:

2.

Hat dagegen ein solcher Erwerber eines Handelsgeschäfts die Firma nicht beibehalten, so können die beim Erwerbe vorhandenen Handelsgläubiger von dem neuen Erwerber doch unmittelbar ihre Befriedigung verlangen:

1. wenn sie nachweisen, daß auf den Erwerber des Handelsgeschäfts die Verpflichtung, die bereits vorhandenen Handelsschulden zu übernehmen, übergegangen ist, oder
2. wenn der Erwerber des Handelsgeschäfts, sei es in einem Circular, also in Beziehung auf alle vorhandenen Gläubiger, sei es auch nur dem ihn in Anspuch nehmenden Handelsgläubiger angezeigt hat, daß er die Handelsschulden des Veräußernden übernommen habe.

Nach dem Gesagten ist es außer allem Zweifel, daß das Bedürfniß der gesetzlichen Regelung unserer Frage vorhanden ist.

Die fehlende gesetzliche Bestimmung kann nicht, wie Anschütz und v. Völderndorf mit dem Ober-Tribunal annehmen, durch eine praesumtio juris et de jure ersetzt werden, welche der gesetzlichen Grundlage entbehrt und weit über das praktische Bedürfniß hinausgehen würde.

Die Frage läßt sich auch nicht durch so einfache Sätze regeln, wie sie bei der Berathung des H.-G.-B.s in der Commission zu Nürnberg beantragt wurden. Man machte damals mit Recht auf die große Verschiedenheit der Fälle aufmerksam, welche die Erledigung der Frage erschwere. Statt sich hierdurch aber, wie es der Fall gewesen, von der gesetzlichen Regelung ganz abschrecken zu lassen, hätte die Commission auf die möglichen einzelnen Fälle näher eingehen, sie unter allgemeine Gesichtspunkte bringen, und so durch bestimmte Vorschriften die vorhandenen Zweifel in sachgemäßer Weise beseitigen sollen.

Vielleicht führen meine Andeutungen auf den richtigen Weg.

Digitized by Google

II.

Ueber die stillschweigende Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters.

Von Herrn Dr. Anschütz, ord. Professor der Rechte in Halle.

Der Art. 123 des a. d. H.-G.-B.s gedenkt der stillschweigenden Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft unter allen Gesellschaftern nur bei dem Erlöschen der Societät durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer dieselbe eingegangen ist. Die Auflösung der Gesellschaft soll nicht eintreten, wenn die Gesellschafter dieselbe stillschweigend fortsetzen, und in diesem Falle gilt die Gesellschaft von da an als auf unbestimmte Dauer eingegangen (Art. 123, Nr. 5).

Ferner gestattet zwar der Art. 123, Nr. 2 die vertragsmäßige Verabredung, daß beim Tode des einen Gesellschafters die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll; es wird aber hierbei zunächst nur an eine schon im Gesellschaftsvertrage oder doch wenigstens vor dem Eintritte der Auflösung getroffene Verabredung gedacht, durch welche sowohl die überlebenden Gesellschafter als die Erben des Verstorbenen im Voraus berechtigt und verpflichtet werden sollen.

Endlich handelt zwar auch der Art. 127 von einer vertragsmäßigen Verabredung über die Fortsetzung der Gesellschaft, aber nicht mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters, sondern nur unter den überlebenden, beziehungsweise unter den nach Ausscheiden einzelner noch übrigbleibenden Gesellschaftern. Und diese Bestimmung bezieht sich ferner auch nur auf den Fall, daß überhaupt noch mehrere Gesellschafter nach Ausscheiden eines oder mehrerer anderer übrig bleiben, nicht aber auf den Fall, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, von denen der eine ausscheidet; denn im letzteren Falle kann von einer Fortsetzung unter den übrigen überall nicht gesprochen werden und der Art. 127 ist in diesem Falle nicht

Digitized by Google

anwendbar[1]). Andererseits aber bezieht sich die Vorschrift dieses Artikels wiederum nur auf Verabredungen, welche vor Auflösung der Gesellschaft getroffen sind, von einer stillschweigenden Fortsetzung nach der Auflösung ohne vorgängige Verabredung wird im Art. 127 nicht gehandelt.

In der Praxis ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob die Bestimmung des Art. 123, Nr. 5 über die stillschweigende Fortsetzung auch dann zur Anwendung kommen könne und kommen müsse, wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, wobei man an die stillschweigende Fortsetzung zwischen dem oder den Ueberlebenden und den Erben des Verstorbenen zu denken hat. Daß dieselbe Frage auch rücksichtlich der stillschweigenden Fortsetzung einer durch gegenseitige Uebereinkunft oder durch rechtzeitige Kündigung aufgelösten Gesellschaft aufgeworfen werden kann (Art. 123, Nr. 2 und Art. 124), und daß die Frage in allen diesen Fällen analog zu beantworten ist, mag hier nur erwähnt werden, ohne daß auf diese anderen Seiten der Frage näher eingegangen werden soll. Daß überhaupt eine Gesellschaft auch nach erfolgter rechtzeitiger oder sonst berechtigter Kündigung stillschweigend wieder fortgesetzt werden kann, kann nicht in Zweifel gezogen werden. So lange die Gesellschaft nicht in Concurs verfällt, haben die Gesellschafter allein über die Frage zu entscheiden, ob sie von der Auflösung und Liquidation Gebrauch machen wollen oder ob sie statt dessen die Gesellschaft wieder fortsetzen wollen[2]). Es verhält sich ähnlich wie mit der stillschweigenden Erneuerung und Fortsetzung des Miethvertrages[3]), welche ebenfalls nach erfolgter Aufkündigung und ungeachtet der letzteren sehr wohl möglich ist. Nur wird man in diesem Falle zum Beweis der stillschweigenden Fortsetzung besonders zwingende Gründe verlangen, da die direct entgegenstehende Kündigung durch den factischen beiderseitigen Verzicht auf die Wirkungen derselben beseitigt werden muß. Das preußische Landrecht[4]) begnügt sich rücksichtlich der stillschweigen-

[1]) Verschieden hiervon ist die Frage, ob nicht ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft die Firma der letzteren fortdauern und auf einen neuen Inhaber übergehen kann, diese Frage ist nach Art. 24 des H.-G.-B.s zu beantworten.

[2]) Voigtel in Busch, Archiv, Bd. X, S. 76.

[3]) S. unten S. 81. 82.

[4]) Allgem. Landr. f. d. preuß. Staaten, I, 21, § 325—327.

Digitized by Google

den Fortsetzung des Miethvertrages überhaupt nicht mit dem bloßen Stillschweigen des Vermiethers zum fortgesetzten Wohnenbleiben des Miethers, sondern erfordert andere concludente Handlungen des Vermiethers.

Faßt man die innere rechtliche Natur der Fortsetzung der Handelsgesellschaft ins Auge, so ergibt sich, daß dieselbe einer Erneuerung des Gesellschaftsvertrages unter den alten Bedingungen gleichsteht. Wenn der Gesellschaftsvertrag nicht bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll, so erlischt die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters, allein die überlebenden Gesellschafter und die Erben des Verstorbenen sind nicht gehindert, den Gesellschaftsvertrag durch stillschweigende gegenseitige Einwilligung zu erneuern. Kann der Vertrag von Anfang an stillschweigend geschlossen werden, (Art. 85 des H.-G.-B.s), so kann derselbe auch stillschweigend erneuert werden. Nur muß die wechselseitige Einwilligung zu einer solchen Erneuerung aus äußeren Handlungen erkennbar sein, also entweder 1) aus der thatsächlichen Fortführung der bisherigen Gesellschaftsfirma von Seiten aller Betheiligten, sowohl des überlebenden oder der überlebenden Gesellschafter als auch der Erben des Verstorbenen, denn indem sich jeder der Betheiligten der bisherigen Firma zu Abschluß neuer Geschäfte, nicht blos zur Abwickelung der alten bedient, wissend, daß die Personen theilweise gewechselt haben, setzt eben jeder die Gesellschaft fort. Oder 2) aus der thatsächlichen Fortführung der Gesellschaftsfirma seitens des einen Theils der Betheiligten unter Genehmigung der übrigen. Es ist allerdings eine factische Frage, unter welchen Umständen eine solche Genehmigung anzunehmen sei. Aber gerade daraus, daß, während der eine Theil die Firma thatsächlich fortführt und neue Geschäfte unter dieser Firma schließt, nicht blos die alten abwickelt, die übrigen Betheiligten, obgleich sie selbst die Firma nicht fortführen, es unterlassen, die Auflösung der Gesellschaft beim Handelsgerichte behufs der Löschung im Handelsregister anzumelden, folgt eine Präsumtion für die Fortsetzung der Gesellschaft unter Zustimmung aller Betheiligten, und zwar nicht etwa blos eine Präsumtion Dritten gegenüber, sondern auch im Verhältniß der Gesellschafter unter einander.

Freilich wird diese Unterlassung der Anmeldung im Verhältniß der Gesellschafter unter einander für sich allein nicht genügen, um die still-

Digitized by Google

schweigende Fortsetzung zu beweisen, allein sie tritt zu anderen concludenten Handlungen, aus denen die Zustimmung zur Fortsetzung gefolgert werden muß, verstärkend hinzu. Es kommen hier zunächst die civilrechtlichen Grundsätze über stillschweigende Willensäußerungen und concludente Handlungen zur Anwendung [5]), allein alles dieses nur unter fortwährender Berücksichtigung der im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (Art. 279 des H.-G.-B.s).

Haben also weder der überlebende Gesellschafter noch die Erben des verstorbenen die Anmeldung der Auflösung behufs Löschung der Gesellschaft im Handelsregister betrieben und haben beispielsweise die Erben oder ihre legitimirten Vertreter bei dem Abschluß eines neuen Geschäftes für die Gesellschaftsfirma durch den überlebenden Gesellschafter mitgewirkt, geht der ganze Geschäftsbetrieb und die Buchführung der Firma seitens des Ueberlebenden unter Billigung der Erben und ohne Rücksicht auf einen Unterschied zwischen alten und neuen Geschäften weiter, werden mit ihrer Zustimmung neue Betriebseinrichtungen vorgenommen, leisten alle Betheiligten vielleicht auch fernerhin noch Einschüsse in die Gesellschaftscasse und zwar zur Ausführung neuer Geschäfte, oder übernehmen sie zu letzterem Zwecke neue Verbindlichkeiten, so ist eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft eingetreten. Im Allgemeinen kommen dieselben Voraussetzungen, unter denen die stillschweigende Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft angenommen werden muß, auch bei der Frage der stillschweigenden Fortsetzung zur Anwendung [6]).

---

[5]) Vgl preuß. Landrecht, I, 4, § 58 flg.

[6]) Voigtel in diesem Archiv, Bd. X, S. 73. 74. — Brinckmann, Lehrbuch, § 37, Note 4 theilt den bekannten Fall mit, in welchem die Existenz einer offenen Handelsgesellschaft deshalb angenommen wurde, weil der eine Associé A. einen Kauf unter Ueberreichung einer sowohl seinen eigenen als des andern Associés B. Namen enthaltenden Firma abgeschlossen und die so gekaufte Waare mit einer an die Firma A. und B. gerichteten Note in der Wohnung des B., die auf der Adreßkarte verzeichnet war, abgegeben und von diesen persönlich in Empfang genommen worden war. Der Fall würde, wenn er sich mutatis mutandis nach dem Tode des B. bei einem durch A. abgeschlossenen neuen Kauf ereignet hätte, welchen die Erben des B. in der angegebenen Weise anerkannten, rücksichtlich der Frage, ob eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft vorliege, ebenfalls bejahend zu entscheiden gewesen sein. Vergl. auch die Erkenntnisse des O.-A.-Ger. zu Jena vom 20. März 1863 (Busch, Archiv, Bd. VI,

Digitized by Google

Allerdings steht es den Betheiligten auch frei, die Gesellschaft nach erfolgter Eintragung und Bekanntmachung der Auflösung und nach erfolgter Liquidation von Neuem abzuschließen, in diesem Falle kann aber juristisch nicht von einer fortgesetzten Gesellschaft, sondern in der That nur von einer neuen Gesellschaft die Rede sein, bei welcher selbstverständlich auch die früheren Vertragsbedingungen wieder verabredet werden können.

Ein rechtlicher Zwang für den überlebenden Gesellschafter und für die Erben des Verstorbenen, an der Auflösung festzuhalten und zur Liquidation zu schreiten, besteht überall nicht und es läßt sich kein rechtliches Interesse nachweisen, welches der von sämmtlichen Betheiligten gewollten Fortsetzung der Gesellschaft, durch welche sowohl die Auflösung als die Liquidation gehindert wird, entgegenstände.

v. Krawel, Commentar zu Art. 123, Anm. 1. 2.

Endemann, das deutsche Handelsrecht, § 44, Anm. 7.

Man könnte hier noch entgegenhalten wollen, daß zwar dem stillschweigenden Abschlusse eines neuen Gesellschaftsvertrages nichts im Wege stehe, daß aber dieser neue Vertrag immerhin ein von dem früheren verschiedener sei. Allein damit würde man auf die Nothwendigkeit der Auflösung und der Liquidation zurückkommen, welche zu vermeiden eben ein Recht des Ueberlebenden und der Erben des verstorbenen Gesellschafters ist, sobald alle einstimmig sind. Der fortgesetzte Vertrag wird unter den ursprünglichen materiellen Bedingungen fortgesetzt, was namentlich rücksichtlich der Vertheilung des Gewinnes und des Verlustes wichtig ist. Waren also unter den ursprünglichen Gesellschaftern ungleiche Theile an Gewinn und Verlust verabredet, für A. zwei Drittel, für B. ein Drittel, so besteht diese ungleiche Vertheilung auch in der fortgesetzten Gesellschaft fort: an die Stelle des verstorbenen A. treten alsdann dessen Erben insgesammt, B. erhält nach wie vor ein Drittel, und vice versa. Es tritt nicht etwa die Vorschrift des Art. 109 des H.-G.-B.s über die gleiche Vertheilung nach Köpfen ein, denn dieselbe setzt den Mangel einer anderen vertragsmäßigen Vereinbarung voraus; eine solche ist aber in der fortgesetzten Gesellschaft vorhanden, die Uebereinstimmung

---

S. 163) und des Ob.-Tribunals in Berlin v. 25. Nov. 1856 (Striethorst, Archiv, Bd. XXIII; Busch, Archiv, Bd. III, S. 373).

Digitized by Google

der Betheiligten, der omnium in idem consensus geht auf unveränderte Fortsetzung der Gesellschaft so wie sie war, nicht auf Beseitigung der alten Bedingungen und auf Einführung neuer. Wird letzteres von den Betheiligten beabsichtigt, so bedarf es dazu einer neuen Willensäußerung. Denn die Aenderung eines stillschweigend fortgesetzten Gesellschaftsvertrags kann nicht ohne und nicht gegen den Willen der Gesellschafter eintreten, die Aenderung und so auch die Abänderung der bisherigen Vertheilung von Gewinn und Verlust unter den Gesellschaftern kann nur durch eine anderweite Uebereinstimmung der sämmtlichen Gesellschafter bewirkt werden und diese anderweite Uebereinstimmung muß sich documentiren, sei es in einer ausdrücklichen Vereinbarung, sei es durch concludente Handlungen. So lange aber die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung aller zu solchen Aenderungen nicht erfolgt ist, beziehungsweise nicht erwiesen werden kann, können dieselben gegen den Willen einzelner unter den Gesellschaftern nicht zur Anwendung kommen, sondern es gelten die alten Bedingungen weiter. Will also der überlebende Gesellschafter oder wollen die Erben, oder einzelne von diesen, die Gesellschaft nur unter neuen Bedingungen fortsetzen, so dürfen sie es überhaupt nicht zu einer Fortsetzung der Gesellschaft kommen lassen. Ist die Fortsetzung einmal erfolgt, ausdrücklich oder stillschweigend, und kann sie, wenn sie stillschweigend erfolgt, aus concludenten Handlungen in der oben angegebenen Weise erwiesen werden, so erscheint die einseitige Aufstellung neuer Bedingungen, namentlich auch hinsichtlich der Gewinnvertheilung, seitens einer oder einiger der Gesellschafter als ein bloßer Versuch einen in bindender Weise abgeschlossenen Vertrag zu ändern oder als eine einseitige Protestation, welche bei einmal erfolgter Fortsetzung des Gesellschaftsvertrags ebensowenig in Betracht kommt wie nach erfolgtem Abschluß jedes anderen Vertrages.

Nur in einem Punkte tritt in Folge der stillschweigenden Fortsetzung eine Aenderung des bisherigen Gesellschaftsvertrages von selbst ein, nämlich rücksichtlich der Zeitdauer. War die Gesellschaft auf bestimmte Zeit geschlossen und stirbt, einer der Gesellschafter vor Ablauf dieses Zeitraumes, die Gesellschaft wird aber von dem Ueberlebenden mit den Erben des Verstorbenen stillschweigend fortgesetzt, so verwandelt sie sich nun in eine Gesellschaft von unbestimmter

Digitized by Google

Dauer, und zwar in Folge der positiven Vorschrift des Art. 123, Nr. 5, welche nicht auf den dort erwähnten besonderen Fall der stillschweigenden Fortsetzung zu beschränken, sondern bei jeder stillschweigend fortgesetzten Gesellschaft zur Anwendung kommt. Denn der stillschweigend fortgesetzten Gesellschaft wird eben in der Regel die Angabe derjenigen Zeitdauer fehlen, auf wie lange die Fortsetzung beabsichtigt ist und jede fortgesetzte Gesellschaft ohne Bestimmung der Zeitdauer ist eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit.

v. Krämel, Commentar zu Art. 123, Anm. 1.

Darunter ist aber nicht eine solche Gesellschaft zu verstehen, aus welcher jeder Gesellschafter in jedem Zeitpunkte austreten könnte, sondern nach der ausdrücklichen Vorschrift der Art. 123, Nr. 6 und 124 kann eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer zwar durch Kündigung eines Gesellschafters beendigt und aufgelöst werden, die Kündigung muß aber, wenn nichts anderes vereinbart ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen. Unterbleibt die Kündigung innerhalb dieser Frist, so ist die Gesellschaft immer von Neuem auf das nächste Geschäftsjahr verlängert, für das laufende Geschäftsjahr besteht sie ohnehin fort. Die stillschweigende Fortsetzung erfolgt also immer von Jahr zu Jahr, und zwar von Geschäftsjahr zu Geschäftsjahr, unter Vorbehalt der sechsmonatlichen Kündigung.

Es besteht demnach eine gewisse Verwandtschaft zwischen der stillschweigenden Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft und der stillschweigenden Erneuerung eines Pacht- oder Miethvertrags, nur daß bei letzerem die Endigungsgründe theilweise andere sind. Ob und wann eine stillschweigende Erneuerung der Miethe anzunehmen sei, ist eine factische Frage; die obwaltenden Verhältnisse müssen derart sein, daß daraus auf den Willen beider Contrahenten, die Miethe zu erneuern, geschlossen werden kann. In diesem Falle gilt die Miethe ganz unter denselben Bedingungen abgeschlossen, wie die frühere, die Miethe ist also eine unter den alten Bedingungen fortgesetzte, wie dieß auch bei der stillschweigend fortgesetzten Gesellschaft ist. Allein rücksichtlich der Zeitdauer der fortgesetzten Miethe, wenn es hinsichtlich derselben an einer neuen Verabredung fehlt, greift die gesetzliche Bestimmung Platz, daß die Fortsetzung und Erneuerung nur für die nach der Natur der Sache und nach Billigkeit möglichst kurze

Digitized by Google

Zeitperiode, d. h. für einen solchen Zeitraum gilt, in welchem die einmalige Leistung, die einmalige vollständige Benutzung des vermietheten Gegenstandes möglich ist, diese Benutzung als Einheit angesehen. Bei Landgütern dauert deshalb nach römischem Rechte die stillschweigende Erneuerung des Pachtvertrags immer auf ein Jahr[7]) und der Satz: Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse, hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est, gilt also analog auch von der Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft ohne Bestimmung der Zeitdauer.

---

[7]) L. 13 § 11 D. Locati cond. XIX, 2. Rücksichtlich dessen, was diese Stelle über die relocatio tacita der praedia urbana bestimmt, ist die Auslegung der Stelle bekanntlich sehr bestritten, vgl. Bangerow, Leitfaden, III, § 644; für die Untersuchung über die stillschweigende Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft genügt aber die Parallele mit der stillschweigenden Relocation eines Landguts. Ueber das preuß. Recht s. preuß. Landrecht, I, 21, § 328; als Regel gilt auch hier die Dauer eines Jahres (§ 328 cit.).

Digitized by Google

III.

Die Bürgschaft für eine Contocurrentforderung.

Von Herrn Stadtgerichtsrath Dr. Wolff in Frankfurt a. M.

§ 1.

Im kaufmännischen Leben kommt es öfters vor, daß ein Dritter für denjenigen, der bei einem Kaufmanne oder Bankier Credit genießt, sich sei es für einen bestimmten Zeitraum oder, was noch häufiger, für eine gewisse Summe während eines bestimmten Zeitraumes verbürgt. Dauert nun die Geschäftsverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner über den Zeitraum, für welchen der Dritte Bürgschaft übernommen hat, hinaus, so weigert sich im Falle der Insolvenz des Schuldners der Bürge in der Regel Zahlung zu leisten. Bei länger andauernder Geschäftsverbindung wird es nämlich wohl je kaum vorgekommen sein, daß nicht der Schuldner auch seinerseits dem Gläubiger Zahlungen gemacht hat. Erreichen nun diese nach Ablauf des Zeitraums, für welchen der Dritte Bürgschaft geleistet hat, die Höhe der Summe, bis zu welcher dieser sich verbürgt hat, so liegt nichts näher, als daß der um Zahlung angegangene Bürge die letztere verweigert, indem er sich darauf beruft, daß die nach Ablauf des Zeitraums, für welchen die Bürgschaft übernommen wurde, von dem Schuldner geleisteten Zahlungen dem Bürgen zu gut kommen müssen, sodaß nach den gesetzlichen Imputationsregeln diese Zahlungen auf denjenigen Betrag der Schuld, für welchen Bürgschaft geleistet worden, als die drückendere oder auch als die ältere Schuld abgerechnet werden müsse, und daß, sobald diese Zahlungen die Höhe der Bürgschaftssumme erreichen, jeder Anspruch an den Bürgen erloschen sei.

Digitized by Google

Ueber diese Frage hat sich zwar das Oberhofgericht Mannheim (Seuffert, Archiv, VIII, 159) ausgesprochen, doch erscheint uns dieselbe in diesem Erkenntnisse nicht so erschöpfend behandelt, um bei ihrer unverkennbaren praktischen Wichtigkeit eine eingehendere Beleuchtung überflüssig zu machen. Will man sich vielmehr über den rechtlichen Standpunkt, von welchem aus diese Frage zu entscheiden ist, ganz klar werden, so erscheint es durchaus nothwendig, die Erörterung zweier anderer für die Beantwortung unseres Themas präjudiciellen Fragen vorausgehen zu lassen, wir meinen

a. die Frage, als welche Art von Forderung sich rechtlich die Forderung aus einem Contocurrent darstellt, inwiefern dieselbe von einer gewöhnlichen kaufmännischen Buchforderung verschieden ist, mit anderen Worten, was eigentlich unter Contocurrentforderung rechtlich zu verstehen ist; und

b. die Frage, ob und inwieweit die für den Fall mehrerer Schulden in Betreff der Anrechnung einer seitens des Schuldners geleisteten Zahlung auf welche der mehreren Schulden bestehenden gesetzlichen Imputationsregeln bei der Contocurrentforderung Anwendung finden können.

Erst wenn diese beiden Vorfragen genügend klar gestellt sind, wird es möglich sein, die Frage, inwieweit der Bürge sich darauf berufen darf, daß eine von dem Schuldner geleistete Zahlung ihm selbst zu gut komme, gründlich zu lösen.

§ 2.

Was nun die erste Vorfrage über das Wesen und die rechtliche Bedeutung des Contocurrents und der auf demselben basirenden Forderung betrifft, so können wir im Wesentlichen auf zwei gediegene Arbeiten von Creizenach (im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, IV, S. 32 flg. und in Goldschmidt's Zeitschrift, VII, S. 94 flg.) Bezug nehmen, und wollen wir uns deshalb im Nachstehenden so kurz wie möglich fassen:

Die Bezeichnung „Contocurrent" weist an und für sich auf eine bloße Rechnungsmethode hin, nämlich auf die Methode der kaufmännischen Buchführung. Nach dieser werden nämlich die in Folge des zwischen zwei Kaufleuten oder auch zwischen einem Kauf-

Digitized by Google

manne und einem Nicht-Kaufmanne bestehenden Geschäftsverkehrs gegenseitig geschehenen Leistungen, mögen diese nun in gelieferten Waaren, in geleisteten Zahlungen oder in etwas anderem bestehen, der Art gebucht, daß auf der linken mit „Soll (Debet)" bezeichneten Seite alle die dem Geschäftsfreunde gemachten Leistungen als einzelne Posten der Zeitfolge nach eingetragen werden, und ebenso auf der rechten mit „Haben (Credit)" bezeichneten Seite alle von dem Geschäftsfreunde empfangenen Leistungen. Diese beiden Seiten zusammen genommen nennt man eine Rechnung oder nach dem Italienischen ein Conto (Conto) und sagt demgemäß, man eröffne dem Geschäftsfreunde eine Rechnung oder ein Conto. Die Rechnung selbst, insofern sie einen gewissen Zeitraum umfaßt, innerhalb desselben fortläuft, nennt man eine laufende Rechnung oder ein Contocorrent oder auch Contocurrent (ital. Conto corrente, franz. Compte courant, engl. Account current)*). An und für sich hat, dieß ist von selbst einleuchtend, diese bloße Rechnungsmethode keinen Einfluß weder auf die gesetzlichen Vorschriften, durch welche die Frage geregelt wird, auf welche von mehreren Schulden eine geleistete Zahlung abgerechnet werden soll. Denn es ist selbstverständlich, daß lediglich dadurch, daß Gläubiger und Schuldner Forderung und Zahlung nach einem gewissen System in ihre Bücher eintragen, damit noch nicht (und zwar am allerwenigsten von beiden Seiten übereinstimmend) die Absicht zu erkennen gegeben haben, in welcher Weise und nach welchen Grundsätzen die existirenden Forderungen als durch die geleisteten Zahlungen getilgt zu betrachten sein sollen**). Besondere ausdrückliche Uebereinkommen können natürlich die Interessenten ganz nach ihrem Belieben treffen, aber ein Gewohnheitsrecht nach irgend einer Richtung hin dürfte sich hier schwerlich mit Sicherheit nachweisen lassen, wie denn auch der Geschäftsverkehr im Waarenhandel wohl kaum die Ausbildung eines von dem geschriebenen Gesetze abweichenden Gewohnheitsrechts als geboten erscheinen lassen dürfte.

---

*) Röhrich, die laufende Rechnung oder das Contocurrent (Leipzig, Brockhaus, 1864), S. 1.

**) Dieß erkennt denn auch an Creizenach im Archiv f. prakt. R.-W., IV, S. 46.

Digitized by Google

Durchaus verschieden zu beurtheilen von dem lediglich auf einer usancemäßigen Rechnungsmethode beruhenden Contocurrentverhältnisse zweier Geschäftsfreunde ist dasjenige Contocurrentverhältniß, welches in Folge eines besonderen Vertrags, dem sog. Contocurrentvertrage*) entstanden ist. Dieser Contocurrentvertrag, welcher sich rechtlich als ein pactum de contrahendo darstellt, beruht auf der besonderen meist ausdrücklichen, seltener stillschweigenden Uebereinkunft zweier Contrahenten, daß der eine Theil dem anderen für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum Credit bewilligen, d. h. gegen gewisse, sei es besonders stipulirte oder usuelle Vergütungen ihm seine eigenen Fonds sowie meist auch seinen Credit zur Verfügung zu stellen sich verpflichtet, sodaß der Credit Genießende auf den Credit Gebenden zu trassiren, anzuweisen u. dergl. berechtigt ist. Für diesen Contocurrentvertrag nun, der meist nur zwischen dem für seinen Geschäftsbetrieb in vielen Fällen oft weniger der baaren Vorschüsse als der Vermittelung des überall mehr oder weniger sei es direct sei es durch die Verbindungen seiner eigenen Geschäftsfreunde Geschäftsbeziehungen unterhaltenden Bankiers bedürfenden Waarenhändlers und Fabrikanten und eben diesem Bankier abgeschlossen wird, ist allmählig eine besondere rechtliche Auffassung des zwischen beiden unterhaltenen Geschäftsverkehrs zur Geltung gelangt, welche rechtliche Auffassung zum großen Theile ihre Entstehung der besonderen Art und Weise der technisch kaufmännischen Buchführung verdankt und sich eng an die letztere anschließt. Es ist, wenn nicht allein, so doch vorzugsweise der Geschäftsverkehr zwischen Bankier und Kaufmann (Fabrikant) oder auch zwischen zwei Bankiers, welcher darauf Anspruch machen kann, daß die einzelnen in Rechnung gestellten Posten einer abweichenden rechtlichen Beurtheilung unterliegen. Es liegt dieß in der Natur des Vertrags, welcher zwischen beiden Theilen eingegangen zu werden pflegt. Denn mittelst des Contocurrentvertrags, in Folge dessen der Credit gebende Bankier seinem Geschäftsfreunde ein Contocurrent eröffnet, verspricht der Erstere nicht etwa auf Anfordern dem Letzteren Darlehen oder Vorschüsse machen zu wollen, sondern er übernimmt es, alle in das Fach

*) Creizenach im Arch. a. a. O., S. 36; in Goldschmidt's Zeitschrift, S. 94.

Digitized by Google

des Bankiers einschlagenden Geschäfte für diesen seinen Geschäftsfreund zu besorgen und ihm zu diesem Zwecke seine Geldmittel sowie seinen eigenen Credit zur Verfügung zu stellen*), und Gegenstand des Vertrags ist eine fortlaufende Reihe von Geld- und Creditoperationen, welche als Complex, als Geschäftsganzes erscheinen**).

An und für sich freilich liegt darin, daß der Bankier in Folge der vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung seinem Geschäftsfreunde baare Geldsendungen macht, Wechsel acceptirt, discontirt, die ihm gegebenen Aufträge als Commissionär vollzieht ꝛc. durchaus keine rechtliche Nothwendigkeit, daß nunmehr dieser Geschäftsverkehr und die durch denselben hervorgerufene Buchung der einzelnen im Contocurrent in ihren Zahlenergebnissen aufgeführten und festgestellten Rechnungsposten als ein untheilbares Ganze behandelt wird. Denn das läßt sich doch wohl nicht bestreiten, daß durch den Eintrag der einzelnen Geschäfte in das Contocurrent dieselben ihre ursprüngliche rechtliche Natur nicht verändern und eine Novation derselben nicht bewirkt wird. Auch nach geschehenem Eintrag in das Contocurrent muß es jedem Theile freistehen, noch aus dem einzelnen Geschäfte Klage zu erheben, z. B. ex mandato, weil der commissionsweise geschehene Verkauf von Effecten unter dem Course erfolgte ꝛc.***). Eine Veränderung tritt durch den Eintrag in das Contocurrent nur in Bezug auf das Verhältniß der einzelnen Geschäfte zu einander ein†), und diese Veränderung in dem Verhältnisse der einzelnen Geschäfte zu einander findet schließlich ihren praktischen Ausdruck in dem Rechnungsabschlusse, in der Ziehung der Bilanz, in dem Saldo. Denn wenn schon jeder einzelne Rechnungsposten des Contocurrents nicht das zu Grunde liegende concrete Geschäftsverhältniß schildert, sondern lediglich das Zahlenergebniß aufweist, um welches das gegenseitige Rechnungsverhältniß in demselben Augenblick, in welchem der neue Posten hinzutritt, den gegebenen Umständen gemäß eine Veränderung erleidet, so ändert selbst der in bestimmten Zeitperioden wiederkehrende Rech-

*) Creizenach im Archiv, S. 32 flg., S. 40.
**) Creizenach, ebenda, S. 56 u. 57.
***) Creizenach, ebenda, S. 41.
†) Creizenach, ebendaselbst.

Digitized by Google

nungsabschluß (Saldo) an sich nichts an der rechtlichen Natur der einzelnen zwischen den Parteien abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, sondern hat derselbe vielmehr nur den Zweck, das schließliche Ergebniß eines während einer bestimmten Zeitdauer bestehenden Geschäftsverkehrs zu constatiren. Aber dieser Rechnungsabschluß wird mit allen Rechnungsposten, auf welchen er basirt, dem Schuldner mitgetheilt und zwar, sofern nicht Ausgleichung des Saldos beansprucht wird, darum, daß der Schuldner Gelegenheit habe, etwaige Fehler und Irrthümer des Rechnungsauszugs zu prüfen. Die nun ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte Anerkennung des dem Geschäftsfreunde ertheilten Contocurrents enthält die an sich in der Eröffnung einer neuen Rechnung mit Saldovortrag noch nicht zu befindende Novation des (an sich bereits vor dem Rechnungsabschlusse) bestehenden Schuldverhältnisses, denn diese Anerkennung ist rechtlich als ein nur auf Grund eines entschuldbaren Irrthums anzufechtender neuer Vortrag zu betrachten, in ihm liegt der Verzicht von Seiten des Schuldners auf alle Einwendungen, die er gegen die Rechnungsstellung zu erheben berechtigt sein könnte *).

Daß nun nach erfolgtem Rechnungsabschlusse aus der von dem Schuldner geschehenen Anerkennung die einzelnen Posten des Contocurrents, auf welchen der Saldo basirt, als solche nicht weiter in Betracht kommen und daß ein Zurückkommen auf dieselben nicht zulässig erscheint, ist eine Folge des Anerkennungsvertrags und in der Rechtsüberzeugung der Kaufleute begründet. Denn jeder Kaufmann weiß (wie ich schon in dem vorerwähnten Aufsatze ausgeführt), daß der Gläubiger mit dem Ertheilen des Contocurrents, wenn nicht Zahlung, so doch wenigstens Anerkennung seiner Forderung verlangt, jeder weiß aber auch zugleich, welche Tragweite diese Anerkennung haben soll, nämlich daß damit vertragsmäßig festgestellt ist, mit welchem Saldo die neue Rechnung eröffnet werden soll. Es widerspricht geradezu dem Zwecke dieser Ertheilung von Rechnungsabschlüssen, die gerade die Intention haben, spätere Rügen gänzlich auszuscheiden, daß noch nach Ablauf von Monaten oder gar Jahren der Schuldner mit Ansprüchen gegen die von ihm erfolgte Anerkennung auftritt.

*) Vergl. meinen Aufsatz in diesem Archiv, Bd. XI, S. 82.

Digitized by Google

Daß aber auch die in die laufende Rechnung eingetragenen Posten nicht einzeln, nicht gesondert, sondern nur in ihrer Gesammtheit, wie solche die Rechnungsaufstellung ergibt, als ein zusammenhängendes Ganze in Betracht kommen, dieß beruht auf der gleichen zur rechtlichen Geltung gelangten Ansicht der Kaufleute. Jeder Einzelne, der in ein solches Contocurrentverhältniß tritt, der sich einen Contocurrent eröffnen läßt, hat sich damit auch diesem unter den Kaufleuten geltenden Gewohnheitsrechte unterworfen. Denn wie Creizenach*) ganz richtig sagt, ist Gegenstand des Contocurrentvertrags nicht nur die fortlaufende Reihe von Geld- und Creditoperationen, welche als Complex, als Geschäftsganzes erscheinen, sondern auch die Verpflichtung, die Geschäftsergebnisse in der durch das Gewohnheitsrecht festgesetzten Weise zu **verrechnen.**

Nun zeigt aber gerade die für den Contocurrent allgemein eingeführte Verrechnungsweise, daß die Haben-Posten nicht als Zahlungen, sondern lediglich als Gegenforderungen sich darstellen. Denn faßt man diese Verrechnungsweise, sei es nun die Staffel- oder Colonnenrechnung**), näher ins Auge, so wird man finden, daß es nicht nur ziemlich allgemein üblich ist, daß auch die Haben-Posten verzinst werden, sondern daß auch, wo dieß nicht geschieht, jeder einzelne Soll-Posten bis zum Tage des Rechnungsabschlusses für sich Zinsen trägt (wenn er überhaupt Zinsen trägt) und zwar von seinem ganzen Quantum, ohne Rücksicht darauf, ob er ganz oder theilweise durch die aufgeführten Haben-Posten compensirt erscheint oder nicht***). Nun kann aber doch eine Forderung, die getilgt ist, keine Zinsen mehr tragen, am allerwenigsten aber erscheint es zulässig und mit dem Begriffe von solutio vereinbar, daß von geleisteten Zahlungen Zinsen berechnet werden. Ja es kommt wohl vor, daß die Beträge der Haben-Posten die der Soll-Posten übersteigen, ohne daß darum

*) Im Archiv für prakt. R.-W., a. a. O., S. 56 u. 57; in Goldschmidt's Zeitschrift, S. 94.

**) Ueber Staffelrechnung und Colonnenrechnung siehe Röhrich, die laufende Rechnung, S. 9 flg.; Creizenach im Archiv, a a. O., S. 74 u. 75; in Goldschmidt's Zeitschrift, VII, S. 104 flg.

***) Creizenach in Goldschmidt's Zeitschrift, a. a. O., S. 106.

Digitized by Google

beide Kategorien von Rechnungsposten in der Verrechnungsweise auch nur im mindesten eine andere Behandlungsweise erlitten. Nun kann man aber doch nicht von einer Zahlung (solutio) dann sprechen, wenn eine Forderung gar nicht mehr vorhanden ist.

Wir glauben kaum, daß es concludentere Beweise als die vorstehenden dafür geben kann, daß im Contocurrentverhältniß die Haben-Posten nicht als Zahlungen betrachtet werden dürfen, sondern daß Soll- wie Haben-Posten lediglich als Forderungen und Gegenforderungen behandelt werden können *).

Es kann demnach auch keine einzelne Entlastung eines Contrahenten als Bezahlung einer einzelnen von ihm eingegangenen, im Contocurrentnexus stehenden Verbindlichkeit betrachtet werden, sondern blos als eine Bezahlung auf die Gesammtheit aller in Gemäßheit des Contocurrentvertrags abgeschlossenen Verbindlichkeiten, mit anderen Worten das **ganze** Haben gilt als Zahlung für das ganze Soll**).

---

*) Was von den einzelnen noch nicht zum Abschlusse gelangten Contocurrents gilt, gilt natürlich auch von dem vorgetragenen Saldoposten, welcher etwa keine Anerkennung gefunden haben, sondern bestritten sein sollte, da alsdann die dem fraglichen Saldo zu Grunde liegenden einzelnen Rechnungsposten der vorausgegangenen Rechnung gerade so zu behandeln sind, wie die Posten der laufenden noch nicht abgeschlossenen Rechnung. Denn die periodische Bilanzirung (nicht zu verwechseln mit dem wirklichen definitiven Contocurrentabschlusse, clôture de compte, bei Aufhören der Geschäftsverbindung, siehe Creizenach im Archiv, a. a. O., S. 62 u. 63) begründet, abgesehen von ihrer Bedeutung für die Capitalisation der Zinsen, lediglich eine übersichtliche Darstellung der Geschäftsergebnisse, die ohne hinzutretende Anerkennung des Saldo, d. h. ohne Novation, selbstverständlich nichts an dem rechtlichen Verhältnisse der einzelnen Contocurrentposten zu einander zu ändern vermag.

**) Creizenach im Archiv, a. a. O.; O.-A.-G. Dresden in Seuffert, Archiv, XVII, 35.

Nicht ohne Grund benennt darum auch Creizenach (im Archiv, a. a. O., S. 40. 48. 55 und in Goldschmidt's Zeitschrift, a. a. O., S. 94), wie er die Leistungen des Bankiers für Mandatserfüllungen desselben in Folge der Dispositionen seines Correspondenten erklärt, die Leistungen eben dieses Correspondenten Anschaffungen, die rechtlich sich nicht als Zahlung, sondern als depositum irregulare darstellen. Denn nicht nur daß die Gelder, welche der Bankier von seinem Correspondeten erhält, in der kaufmännischen Geschäftssprache dépôt genannt zu werden pflegen, so ist ist es auch die von dem Bankier gewährte Ver-

Digitized by Google

Hiernach läßt sich nun unsere erste Frage nach der rechtlichen Natur der Contocurrentforderung erschöpfend dahin beantworten:

Die Contocurrentforderung ist eine Forderung, welche in dem auf den einzelnen Posten der Rechnung basirenden Saldo das Zahlenergebniß des beiderseitigen Geschäftsverkehrs aufweist. Die Natur der einzelnen zwischen den Contrahenten abgeschlossenen Geschäfte wird an sich durch diese Methode der Buchung nicht verändert, eine Novation wird nur für diejenigen Posten geschaffen, die in den bei den periodischen Rechnungsabschlüssen sich ergebenden Saldi enthalten sind, aber auch hier nur dann und insoweit, als diese Saldi von dem Geschäftsfreunde ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt sind. Ob der bei dem periodischen Rechnungsabschlusse sich ergebende Saldo als eine fällige Schuld zu betrachten ist, ist einzig und allein aus dem Inhalte des dem Contocurrentverhältniß vorausgegangenen Contocurrentvertrags zu entnehmen. Ist für eine bestimmte Zeitdauer und bis zu einer bestimmten Summe Credit gewährt worden, so kann auch vor Ablauf dieser Creditfrist der Betrag, für welchen Credit gewährt worden, nicht gefordert werden, sondern nur der die Creditsumme übersteigende Betrag. Auch ob Deckung, d. h. Sicherheit (Bürgschaft, Pfand) innerhalb der Creditperiode verlangt werden kann, hängt ganz von dem ursprünglichen Uebereinkommen der Parteien, also davon, ob nur ein gedeckter oder ob ein Blancocredit gewährt wurde, ab*), indem selbstverständlich die Contrahenten

zinsung, welche dieser rechtlichen Auffassung günstig ist, da bei dem depositum irregulare der Depositar als Mandatar dem Deponenten Zinsen zu vergüten schuldig ist. fr. 10, § 3 D. mandati, 17, 1, Code civil art. 1996. Daß zwischen dem depositum irregulare und dem Darlehen ein Unterschied bestehe, ist freilich nicht unbestritten (vgl. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift, IV, S. 58 flg., vgl. aber auch Windscheid, Pandekten, II, § 379). Daß aber, wie Thöl (Handelsrecht, 4. Aufl., I, S. 589) will, im Zweifel angenommen werden soll, es sei ein Darlehen gegeben und nicht ein depositum irregulare gemacht worden, dieß scheint uns bei dem Contocurrentvertrage, nach welchem der Bankier seine Fonds und seinen Credit seinem Geschäftsfreunde zur Verfügung stellt, und nur ausnahmsweise dieser Geschäftsfreund baare Geldvorräthe, deren er im Augenblicke nicht bedarf, seinem Bankier aus freien Stücken und zu seiner eigenen Bequemlichkeit und weil sie ihm bei diesem auch schon für den kürzesten Zeitraum Zinsen tragen, zu einer Zeit, wo die Rechnung keinen Saldo zu seinen Lasten aufweist, übermacht, nicht zutreffen zu wollen.

*) Creizenach im Archiv, a. a. O., S. 61 u. 62.

Digitized by Google

hier ganz nach ihrem Belieben rechtsbindende Vereinbarungen zu treffen im Stande sind.

Während des ganzen Contocurrentverhältnisses haben nun aber, das ist unbestreitbar, bis zum definitiven Rechnungsabschlusse (clôture de compte courant), bez. bis zur vertragsmäßigen Fälligkeit des Saldo alle einzelnen Posten der Rechnung, einerlei welchem Rechtsgeschäfte sie ihre Entstehung verdanken, die Natur von Forderung und Gegenforderungen und dürfen namentlich die Haben-Posten nicht als Zahlungen betrachtet werden.

§ 3.

Da die Haben-Posten eines Contocurrents nicht als Zahlungen, sondern lediglich als Gegenforderungen zu betrachten sind, so spricht schon an sich die Vermuthung dafür, daß die lediglich für Zahlungen gegebenen gesetzlichen Imputationsregeln auch bei dem Contocurrent keine Anwendung finden können. Vollständig klar wird dieß indessen, wenn wir uns diese sog. Imputationsregeln etwas näher betrachten.

Die Hauptregel ist hier die, daß da, wo der Gläubiger mehrere Forderungen an den Schuldner hat, der letztere berechtigt ist zu bestimmen, auf welche Forderung die Zahlung angerechnet werden soll*). Unterläßt dieß der Schuldner, so geht das Recht, zu bestimmen, auf welche Forderung die Zahlung abgerechnet werden soll, auf den Gläubiger über, doch nur wenn dieser von solchem Rechte sofort bei der Empfangnahme der Zahlung Gebrauch macht und dann ist er außerdem noch gehalten, das Wahlrecht nur unter Berücksichtigung des Interesse des Schuldners auszuüben **), widrigenfalls es so gehalten werden soll, wie wenn die Zahlung ohne besondere Erklärung gemacht und angenommen worden wäre ***).

Hat keine der Parteien eine Bestimmung getroffen, so bestimmt das Gesetz die Reihenfolge, nach welcher Zahlungen auf Forderungen abgerechnet werden sollen und ist der leitende Grundsatz der, daß zuerst die gravior, durior causa Berücksichtigung finden soll. Als solche gravior, durior causa werden angeführt: causa, quae

*) fr. 1, fr. 101, § 1 D. de solut. 46, 3; l. 1 C. eodem, 8, 43.

**) Sintenis. Civilrecht, II, S. 391; Windscheid, Pandekten, II, § 343.

***) Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim, II, S. 393.

Digitized by Google

poenam continet — pecunia quae sub infamia debetur — causa quae infitiatione crescit — quae ex causa judicati debetur — quae sub satisdatione vel hypotheca vel pignore contracta est — quod meo nomine (non pro alio) debeo*) etc.

Alle diese Unterscheidungen, die hier das Gesetz macht, und die Kennzeichen, die es aufstellt, um eine Schuld als eine gravior, durior zu charakterisiren, können bei dem Contocurrent entweder gar nicht oder doch nur in höchst seltenen Fällen zur Sprache kommen, namentlich da bei demselben eine ältere und jüngere Schuld in keiner Weise unterschieden wird, durch den Rechnungsabschluß die einzelnen Soll-Posten in dem Saldo aufgehen und auch in Bezug auf den Saldo, wie wir schon hervorgehoben, eine Verpflichtung zur Ausgleichung nicht existirt, so lange das Contocurrentverhältniß noch fortdauert, so lange nicht ein definitiver und wirklicher Contocurrentschluß (clôture de compte courant) stattgefunden hat**).

Die einzige Imputationsregel, die für uns Bedeutung haben kann, ist gerade diejenige, die uns in diesem Aufsatze überhaupt beschäftigt, ist die quae sub satisdatione vel hypotheca vel pignore contracta est, auf welche wir indessen im folgenden § noch zurückkommen werden. Hier heben wir nur noch Folgendes hervor:

Hat der Schuldner selbst irgend eine Sicherheit geleistet, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieselbe, sofern nicht ausdrücklich durch Vertrag das Pfandrecht auf einen einzelnen bestimmten

---

*) Andere Momente sind noch: debitum cujus dies venerat — quod peti poterat — cujus dies prius venerat — debitum antiquius, vetustior contractus, prima quaeque causa — stipulatio sub usuris majoribus — usurae ante sortem — tandem si par causa est, omnibus summis pro portione videtur soluta, fr. 1. 3. 4. 5. 7. 8. 23. 34. 89. 94. 97. 102. 103 D. de solut. 46, 3. Wie diese Momente unter einander rangiren, darüber herrscht große Meinungsverschiedenheit. Vgl. Bangerow, Leitfaden, III, § 589; Unterholzner, Schuldverh., I, S. 463 u. 464; Sintenis, a. a. O.; Frist, a. a. O.; Voigtel in diesem Archiv, Bd. III, S. 218.

**) Creizenach im Archiv, a. a. O., S. 60 flg. Vor definitivem Abschluß des Contocurrents kann keinerlei Zahlung eines einzelnen Postens begehrt werden, wie denn auch vor diesen Abschlusse für keinen einzelnen Posten, die die Elemente des sich schließlich ergebenden Saldos bilden, die Verjährung eintreten kann, da vor dem definitiven Abschlusse actio nondum nata und also der Verlauf der Verjährung noch nicht begonnen war. Creizenach, a. a. O., S. 73.

Digitized by Google

Rechnungsposten beschränkt und selbst das durch Art. 313 des H.-G.-B. gewährte Retentionsrecht ausgeschlossen sein sollte (ein im Handelsverkehr gewiß nur höchst seltener Fall), für die ganze Contocurrentschuld haftet und daß daher der Gläubiger diese Sicherheit, soweit sie nur immer reicht, auf die ganze Schuld indistincte in Abzug zu bringen befugt ist, da eben in dem Contocurrent die ganze Schuld als ein Gleichartiges, als ein Complex der gesammten Forderungen aus dem gegenseitigen Geschäftsverkehr erscheint. Es bedarf also gar nicht einmal des Hinweises darauf, daß selbst nach gemeinem Rechte*) in dem Falle, daß der Gläubiger sich selbst durch Verkauf des Pfandes Befriedigung verschafft, derselbe das erlangte Kaufgeld auf welche Forderung er will anrechnen darf, selbst auf eine natürliche Verbindlichkeit vor der juristischen**).

Das Entscheidende für unsere Frage liegt vielmehr darin: An und für sich ist dadurch, daß im Contocurrentverhältniß die aus dem beiderseitigen Geschäftsverkehre resultirenden Leistungen und Gegenleistungen nach einer besonderen Methode gebucht und verrechnet werden, durchaus nicht ausgeschlossen, daß die Parteien nicht übereinkommen könnten, daß auf solche Leistungen des Schuldners, welche in Wirklichkeit nur den Zweck haben, Zahlungen auf die (wenn auch noch nicht fälligen) Forderungen des Gläubigers zu leisten, die gesetzlichen Imputationsregeln Anwendung finden sollen. Wir sagen: in dem Contocurrentverhältniß an sich liegt weder ein rechtliches noch ein factisches Hinderniß, welches den Contrahenten die Anwendung der Imputationsregeln durchaus unmöglich machte, gerade so wenig wie zwei Contrahenten dadurch, daß sie in einem Contocurrentverhältniß zusammen stehen, nicht behindert sein

*) l. 5, § 2, l. 101, § 1 D. de solut., 46, 3; l. 35 pr. D. de pign. act. 13, 7. Vgl. Bangerow, a. a. O., S. 214; Sintenis, a. a. O., S. 397; Windscheid, a. a. O.

**) Die Beschränkungen, welche l. 96, § 3 u. l. 5, § 2 de solut. enthalten, wie daß, wenn ein Pfand gleichzeitig wegen mehrerer Schulden bestellt ist, der Pfandgläubiger den Erlös verhältnißmäßig auf die mehreren Schulden anzurechnen hat und wenn successiv zuerst auf die ältere Schuld; und daß, wenn Zinsen theils civiliter theils naturaliter geschuldet werden, auf jede der mehreren Zinsenforderungen eine völlig gleiche Summe abgerechnet werden soll — sind für die vorliegende Frage ohne jede Bedeutung.

Digitized by Google

können, über ein einzelnes Geschäft und sei es auch ein Handelsgeschäft, in Bezug auf dessen geschäftliche Behandlung, namentlich auch in Bezug auf die Zahlung ein besonderes Abkommen zu treffen und dasselbe in Folge dessen aus dem Contocurrent auszuscheiden und wegzulassen*). Aber so liegt unsere Frage gar nicht. Es handelt sich nicht darum, ob die in einem Contocurrentverhältniß stehenden Contrahenten durch eben dieses Contocurrentverhältniß, d. h. durch die in dem Contocurrent liegende Methode der Buchung und Verrechnung behindert sind, die gesetzlichen Imputationsregeln in Anwendung zu bringen, sondern ob dann, wenn ein Contocurrentverhältniß eröffnet wird, ohne daß zugleich bestimmte Abmachungen in Betreff der Tilgung der von dem einen Theile künftig contrahirt werdenden Schulden und insbesondere in Betreff der Imputation der Zahlungen getroffen werden, in Ermanglung eines Vertrags die gesetzlichen Imputationsregeln von selbst Anwendung finden müssen?

Diese Frage muß nun offenbar verneint werden. Es könnte dieß vielleicht bedenklicher und zweifelhafter erscheinen, wenn die Imputationsregeln solche gesetzliche Vorschriften wären, die durch Uebereinkunft der Parteien gar nicht beseitigt werden können. Aber gerade im Gegentheil sind die Imputationsregeln solche gesetzliche Vorschriften, die nur ganz subsidiär, nur in Ermanglung eines Uebereinkommens der Parteien in Anwendung kommen. In erster Linie entscheidet lediglich der Vertrag, die Intention, der Wille der Contrahenten über die Behandlung der von dem Schuldner an den Gläubiger gemachten Leistungen. Sobald daher nachgewiesen werden kann, daß schon durch den bloßen Abschluß des Contocurrentsvertrag an sich, durch die Eröffnung des Contocurrents als solchem der muthmaßliche Wille der Contrahenten dahin geht, daß die gesetzlichen Imputationsregeln keine Anwendung finden sollen, so muß auch das bloße Contocurrentverhältniß als solches genügen, um die Anwendung der gesetzlichen Imputationsregeln auszuschließen.

Diese Präsumtion ist aber allerdings schon in der in dem Contocurrent usancemäßig stattfindenden Verrechnungweise zu finden. Wir haben schon im § 2 gezeigt, daß Jeder, der ein solches Contocur-

*) Erk. des O.-A.-G. Dresden in diesem Archiv, Bd. V, S. 398.

Digitized by Google

rentverhältniß eingeht, sich damit schon stillschweigend der für das Contocurrent üblichen Rechnungsweise und der sich an diese knüpfenden rechtlichen Folgen unterworfen hat. Durch das Eingehen des Contocorrentverhältnisses und der für das Contocurrent üblichen Rechnungsweise haben aber, das bedarf jetzt keiner weiteren Ausführung mehr, beide Theile selbst freiwillig bestimmt, daß Forderungen und Gegenforderungen (nicht Zahlungen) nach Maßgabe des Contocurrents in Abrechnung zu bringen seien, daß jede Zahlung des Schuldners durch den Eintrag in die Haben-Posten verhältnißmäßig auf dessen sämmtliche debita in Abrechnung zu kommen habe*).

Hiermit ist aber die Anwendung der gesetzlichen Imputationsregeln schon von selbst ausgeschlossen. Da wo nach Ausweis des Contocurrents, d. h. unter verhältnißmäßiger Abrechnung auf sämmtliche Forderungen die Zahlung imputirt werden muß, da kann selbstverständlich von einer Berücksichtigung der gravior und durior causa keine Rede mehr sein.

§ 4.

Nach dem, was wir oben erörtert haben, steht nun fest,

a. daß die Haben-Posten im Contocurrent keine Zahlungen enthalten und
b. daß im Contocurrentverhältniß die gesetzlichen Imputationsregeln keine Anwendung finden.

Hiernach kann sich aber auch der Bürge, der sich nur für eine bestimmte Summe verbürgt hat, nicht darauf berufen, daß die seit Eingehung seiner Bürgschaft von dem Hauptschuldner dem Gläubiger gemachten Anschaffungen auf die Summe, für welche Bürgschaft geleistet worden, abzurechnen seien, weil diese Schuld die durior causa sei. Es liegt dieß auch in der Natur der Sache. Während nämlich der Gläubiger Bürgschaft für eine bestimmte Summe verlangt, um wenigstens bis zu einem gewissen Grade erhöhtere Sicherheit zu haben, hat auf der anderen Seite der Schuldner gerade das umgekehrte Interesse, nämlich Credit auch über

*) O.-A.-G. Darmstadt in Goldschmidt's Zeitschrift, II, S. 434; Creizenach in Goldschmidt's Zeitschrift, VII, S. 94.

Digitized by Google

die Bürgschaft hinaus zu erhalten; nur zu diesem Zweck wird er darum, sofern es überhaupt in seinen Kräften steht, seinem Gläubiger stets neue Anschaffungen machen und gewiß nicht in der Absicht, mittelst derselben die Verbindlichkeit, die der Bürge übernommen hat, zu erleichtern oder ganz zu beseitigen. Dafür also, daß die Zahlungen des Schuldners nicht dem Bürgen zu gut kommen sollen, sprechen auch die Intentionen sowohl des Gläubigers wie des Schuldners, und schon deßhalb kann zufolge der rechtlichen Natur der gesetzlichen Imputationsregeln von deren Anwendung keine Rede sein. Aber auch der Bürge selbst konnte hierüber nicht in Zweifel sein, war ja doch seine Bürgschaft gerade verlangt worden, um während eines bestimmten Zeitraumes dem Schuldner den von dem Gläubiger gewährten Credit zu erhalten.

Etwas anders liegt freilich die Sache, wenn der Bürge sich nicht nur für eine bestimmte Summe, sondern auch blos für einen gewissen Zeitraum, also für eine Schuld in einer gewissen Höhe, die während eines bestimmten Zeitraumes entstehen sollte, verbürgt hat. Hier handelt es sich darum, ob auch die nach Ablauf des Zeitraums, für welchen die Bürgschaft übernommen wurde, von dem Schuldner gemachten Leistungen und Anschaffungen dem Bürgen nicht zu gut kommen sollen? Daß die Haben-Posten an sich dem Bürgen nicht zu gut kommen und die von ihm übernommene Verbindlichkeit nicht verringern können, folgt schon daraus, daß eben die Haben-Posten keine Zahlungen, sondern nur Gegenforderungen enthalten. Anders dagegen verhält es sich mit dem Saldo. Denn dieser ist nicht mehr ein Complex von einzelnen Forderungen und Gegenforderungen, sondern das Ergebniß des seitherigen Geschäftsverkehrs; er umfaßt in einer genau bestimmten Summe das ganze dermalige Guthaben des Gläubigers. Weist also der auf den Zeitpunkt, mit welchem die Bürgschaft aufhört, folgende Rechnungsabschluß einen geringeren Saldo auf, als für welchen der Bürge sich verbürgt hat, so kann selbstverständlich auch der Bürge nicht mehr als diesen geringeren Saldo zu tilgen verpflichtet sein, einerlei, ob spätere Rechnungsabschlüsse höhere Saldi aufzuweisen haben oder nicht. Aber ein Gleiches gilt auch, wenn nicht der zunächst folgende Rechnungsabschluß, wohl aber einer der späteren, d. h. nach Ablauf der Zeitdauer, für welche die Bürgschaft

Digitized by Google

übernommen wurde, erfolgenden Rechnungsabschlüsse einen geringeren Saldo aufweist. Denn es muß behauptet werden, daß, sofern nach Ablauf der Bürgschaft die Geschäftsverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner fortgesetzt wird und so lange als der Bürge nicht um Zahlung angegangen worden und nicht Zahlung geleistet hat, jede Verminderung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners auch dem Bürgen zu gut kommen muß, der Bürge kann nicht mehr schulden als der Hauptschuldner schuldet*), und ist die Verbindlichkeit des Bürgen einmal theilweise erloschen, so kann dieselbe nicht in Folge neuer Verbindlichkeiten, die der Hauptschuldner contrahirt, wieder aufleben. Der jeweilige Rechnungsabschluß und der sich ergebende Saldo stellen aber die Verbindlichkeit des Hauptschuldners fest. Der Bürge hat darum in keinem Falle mehr zu zahlen als der niedrigste Saldo beträgt, den nach Aufhören seiner Bürgschaft der inzwischen fortgesetzte Geschäftsverkehr nach den späteren Rechnungsabschlüssen aufzuweisen hat**).

Was die von dem Bürgen seiner Bürgschaft hinzugefügte Zeitbeschränkung betrifft, so ist es schon aus dem Grunde, daß von einer Zahlungsverbindlichkeit des Hauptschuldners überhaupt nicht eher die Rede sein kann, als bis nach erfolgtem Schlusse des Contocurrentverhältnisses, selbstverständlich, daß auch von dem Bürgen erst von diesem Zeitpunkte an Zahlung verlangt werden kann. Die hinzugefügte Zeitbeschränkung kann aber schon an sich nur auf den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners bezogen werden, nicht aber so aufgefaßt werden, als ob mit dieser Zeitbeschränkung auch die Zeit, binnen welcher, oder der Zeitpunkt, an welchem spätestens Klage erhoben werden müsse, bestimmt sein sollte. Also wenn z. B. der Bürge sich auf zwei oder während zweier Jahre verbürgt oder bis zum 31. December 1865, so heißt dieß nicht, daß auch während der zwei Jahre, oder vor dem 31. December 1865 oder zum mindesten sofort nach Ablauf der Zeitfrist oder des Zeitpunktes Klage gegen den Bürgen erhoben werden müsse. Vielmehr liegt in einer solchen Zeitbeschränkung nur die Bedingung, daß

*) Windscheid, Pandekten, II, § 477, Nr. 2.

**) Erk. des Oberhofgerichts Mannheim in Seuffert's Archiv, VIII, 159.

Digitized by Google

der Bürge, sofern der Schuldner innerhalb der festgesetzten Frist zahlungsunfähig werden sollte, für denselben einstehen wolle*). Freilich ist jeder Bürge befugt, seine Haftbarkeit noch weiter zu beschränken, indem er sich zur Zeit als er die Bürgschaft übernimmt, ausbedingt, daß nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes, mit Eintritt eines bestimmten Tages jeder Anspruch an ihn erloschen sein soll. Doch muß eine solche Vereinbarung, um den Bürgen wirksam zu schützen, ganz ausdrücklich getroffen sein, da im Zweifel jede Zeitbeschränkung nur auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und nicht auf die Haftbarkeit des Bürgen zu beziehen ist.

Auch was die Liquidität der Schuld betrifft, für welche die Bürgschaft übernommen wurde, ist auf eine Eigenthümlichkeit der Contocurrentforderung aufmerksam zu machen. Sobald nämlich feststeht, daß das Contocurrentverhältniß vertragsmäßig sein Ende erreicht hat und die Forderung fällig ist, so kann so wenig als dem Hauptschuldner ebensowenig auch dem Bürgen gestattet sein, die während einer längeren Geschäftsperiode periodisch festgestellten und von dem Schuldner anerkannten Saldi ohne Weiteres anzufechten und für sämmtliche während des ganzen Geschäftsverkehrs gebuchten Soll-Posten Beweis deren Richtigkeit zu verlangen, vielmehr ist das Anerkenntniß des Hauptschuldners auch für den Bürgen bindend**). Denn der Bürge mußte wissen, daß er, der für den in einem Contocurrentverhältniß stehenden Schuldner Bürgschaft leistet, ausdrücklich für diejenige Schuld Bürgschaft übernimmt, welche sich bei Auflösung dieses Contocurrentverhältnisses ergeben wird. Er mußte hierbei offenbar von der Voraussetzung ausgehen, daß das Contocurrentverhältniß regelmäßigen Fortgang nehmen, daß periodische Rechnungsabschlüsse stattfinden, eine Bilanz gezogen und von dem Schuldner anerkannt werde. Er mußte wissen, daß diese Manipulationen nicht etwa auf rein willkürlicher und zufälliger, ihm vielleicht unbekannter Verabredung der Contrahenten beruhen, sondern daß solche ein naturale, ja essentiale des Contocurrentvertrags bilden, da es für den kaufmännischen Verkehr durchaus zur Nothwendigkeit geworden, daß solche periodische Rechnungsabschlüsse vorgenommen werden und

*) l. 27 C. de fidejuss., 8, 41; l. 69 D. eod. 46, 1; l. 7 C. de locat. 4, 65; Erk. des Ob.-Trib. Stuttgart in Seuffert, Archiv. III, 170.

**) Erk. des O.-A.-G. Dresden in Seuffert's Archiv, XVII, 35.

Digitized by Google

der Schuldner über die Richtigkeit des Saldo, mit dem er belastet worden, sich alsbald erklärt, widrigenfalls der Gläubiger berechtigt ist anzunehmen, daß der Schuldner auf alle ihm etwa zustehende Einwendungen verzichtet hat*). Allerdings kann der Bürge nicht genöthigt sein, mehr zu zahlen, als die Schuld in Wirklichkeit beträgt, da er sich für ein Mehr ja nicht verbürgt hat. Im Falle die Mehrforderung auf einer arglistigen Handlungsweise beruht, versteht sich dieß ganz von selbst, aber auch ein Verzicht des Hauptschuldners auf deßfallsige Einwendungen kann dem Bürgen nicht unbedingt schaden und ihn der Willkühr der Contrahenten vollständig preisgeben. Der Bürge befindet sich in unserem Falle nur insofern in einer schlimmeren Lage, als die Beweislast der Unrichtigkeit nunmehr ihn selbst trifft, und bei einem eine Reihe von Jahren fortgedauerten Contocurrentverhältnisse und stattgehabter Anerkennung der periodischen Rechnungsabschlüsse durch den Schuldner dem Gläubiger nicht mehr obliegen kann, Beweise über thatsächliche Vorgänge anzutreten, die seinem Gedächtnisse vielleicht entschwunden sind und über welche er die Belege nicht mehr besitzt und zu besitzen nicht verpflichtet ist. Will sich der Bürge auch in dieser Beziehung sicher stellen, so bleibt ihm nichts übrig, als sich auszubedingen, daß die periodischen Rechnungsabschlüsse auch ihm zur Prüfung und Anerkennung mitgetheilt werden**). Geht der Gläubiger auf eine solche Bedingung ein, so ist derselbe auch durch sie gebunden.

*) Vgl. meinen oben citirten Aufsatz in diesem Archiv, XI, S. 82 u. 83.

**) Vgl. das vorher citirte Erk. des O.-A.-G. Dresden.

Digitized by Google

IV.

Abrede in den Schlußzetteln der Berliner Börse, daß der vertragsmäßig festgesetzte Lieferungstermin für beide Theile augenblicklich abgelaufen sein soll, wenn einer der Kontrahenten durch Zahlungseinstellung unfähig wird seine Verbindlichkeit zu erfüllen.

Von Herrn Stadtgerichts-Rath Keyßner in Berlin.

Die seit dem 1. April 1867 an der Berliner Effekten-Börse eingeführten Schlußzettel für die verschiedenen Geschäfte:

fix
fix und täglich
fix und täglich mit Ankündigung
Vorprämie fix
Vorprämie fix und täglich
Rückprämie fix
Rückprämie fix und täglich

enthalten übereinstimmend folgende Bestimmung:

„Wenn einer der beiden Kontrahenten durch Zahlungseinstellung unfähig werden sollte, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen (der Zahlungseinstellung steht es gleich, wenn gerichtlich oder außergerichtlich auch nur Zahlungsfrist nachgesucht wird), so soll der vorstehend festgesetzte Lieferungstermin für beide Theile augenblicklich abgelaufen und der Erfüllungstag sofort eingetreten sein, und muß der betreffende Kontrahent sich unwiderruflich dem Kourse unterwerfen, welcher sich an dem Tage, an welchem sich seine Insolvenz erwiesen hat oder an

Digitized by Google

der Börse bekannt geworden ist, durch die Durchschnitts-Notirung im amtlichen Kourszettel oder für die in demselben nicht aufgeführten Effecten im Hertel'schen Koursbericht, oder wenn die Effecten auch dort nicht notirt sind, aus dem Attest eines vereideten Maklers ergibt. Sollte im Falle des Konkurses der Tag der Zahlungseinstellung gerichtlich antedatirt werden, so ist nicht dieser, sondern der Tag des Bekanntwerdens der Suspension für die Rechtsfolge vorstehender Bestimmungen maßgebend."

Die an der Produkten-Börse üblichen Schlußscheine enthalten gleichlautend folgende Bestimmung:

„Wenn einer der beiden Kontrahenten unfähig werden sollte, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, sei es durch Zahlungseinstellung, oder indem er gerichtlich oder außergerichtlich Zahlungsfrist nachsucht, so soll der vorstehend festgesetzte Lieferungstermin augenblicklich abgelaufen und der Erfüllungstag sofort eingetreten sein, und müssen beide Theile sich unwiderruflich der Preisbestimmung unterwerfen, welche sich an dem Tage, an welchem sich seine Unfähigkeit oder Insolvenz erwiesen oder solche bekannt geworden ist, durch die Durchschnittsnotirung der vereideten Makler für den betreffenden Termin ergibt. Sollte im Falle des Konkurses der Tag der Zahlungseinstellung gerichtlich antidatirt werden, so ist nicht dieser, sondern der Tag des Bekanntwerdens der Suspension resp. der Tag der Konkurseröffnung für die Rechtsfolge vorstehender Bestimmungen maßgebend."

Es erhebt sich die Frage, ob diese Bestimmung volle Rechtsgiltigkeit für sich in Anspruch nehmen kann.

Wir nehmen folgenden Fall an:

Der Kaufmann N. kauft am 1. Mai vom Kaufmann X. Aktien zum Kurse von 100, zu liefern am 1. Juli; am 15. Juni wird über das Vermögen des X. der Konkurs eröffnet und mag der Tag der Zahlungseinstellung auch auf diesen Tag angenommen werden. Haben nun die Aktien am 15. Juni einen Kurs von 115, so würde nach der Bestimmung des Schlußzettels der Kaufmann N. für jede verkaufte Aktie eine ihm zustehende Differenz von 15 zum Konkurse zu liquidiren sich für berechtigt erachten. Wären die Aktien am 1. Juli bis auf 95 herabgesunken, so ergibt sich, daß die Spekulation in ihrer beabsichtigten Ausführung ein anderes Ergebniß gehabt haben würde,

Digitized by Google

es hätte X. auf jede verkaufte Aktie eine Differenz von 5 zu fordern. Durch die Zahlungseinstellung erhielt hiernach der Käufer eine Forderung, welche ihm bei regelmäßiger Geschäftsentwickelung nicht zugestanden haben würde. Ist nun der Konkurs ein großer Act der Exekutionsvollstreckung (Erk. des Ob.-Tribunal in Berlin v. 1. Dec. 1864; Striethorst, Archiv, Bd. 55, S. 326) mit dem Zweck der Vertheilung der Masse nach Verhältniß der Forderungen der Gläubiger, so widerspricht es dem gleichen Rechte der Theilenden, daß die Quote eines Einzelnen sich nicht nach der Höhe der Forderung, wie sie ohne Rücksicht auf den Konkurs sich berechnet, festgesetzt werden soll.

Zu einem gleichen Resultate mit dem des Beispiels können sämmtliche nach Inhalt der Schlußzettel geschlossene Geschäfte führen.

Der mitgetheilte § der Schlußzettel ist also so angethan, daß er einem einzelnen Gläubiger für den Fall des Konkurses Vortheile zum Nachtheile der übrigen Gläubiger bietet; ist das aber der Fall, so hat der Gemeinschuldner die Grenzen seiner Verfügungsfähigkeit durch die Abrede überschritten, er hat in die Rechte Dritter, seiner Gläubiger, eingegriffen, und diesen gegenüber ist deshalb der bezügliche Inhalt des Schlußzettels unverbindlich.

Würde der Kurs am Tage der Zahlungseinstellung und an dem Stichtage ein gleicher sein, so verliert die Bestimmung des Schlußzettels ihren materiellen Inhalt.

Stellt sich dagegen der Kurs am Tage der Zahlungseinstellung gegen den Lieferungskurs zu Gunsten des Gemeinschuldners, so fragt sich, ob die Masse davon aus der Abrede Vortheil ziehen darf?

Wenn es bei Entwurf der Schlußzettel in der Absicht liegen mußte, beiden Theilen gleiche Rechte zu geben, so würde ein Anspruch der Masse begründet sein. Die Abrede ist jedoch nicht nur für den Fall unverbindlich, wenn sie sich zu Gunsten des Gläubigers stellt, sondern an und für sich und deshalb kann auch die Masse keine Differenzforderung geltend machen.

Den richtigen Grundsatz stellt der § 17 der preuß. Konkurs-Ordnung von 8. Mai 1855 auf:

„Wenn von dem Gemeinschuldner Kauf- oder Lieferungsgeschäfte über fungible Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben, oder über geldwerthe Papiere dergestalt geschlossen worden sind,

Digitized by Google

daß sie erst nach der Konkurseröffnung zur Erfüllung kommen sollen, so kann weder von der Gläubigerschaft, noch von den Mitkontrahenten des Gemeinschuldners Erfüllung gefordert werden, sondern es findet aus dem Geschäfte nur ein Anspruch auf Entschädigung statt. Dieser Anspruch bestimmt sich nach der Differenz, welche an dem kontraktlichen Erfüllungstage zwischen dem Kontraktspreise und dem Marktpreise oder dem Börsenkurse sich ergibt."

Meines Erachtens kann übrigens der Konkursgläubiger, wenn er die Differenz nach dem Schlußzettel berechnet nicht verlangen darf, auch eine Forderung auf Grund des § 17 der Konkursordnung nicht erheben, denn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien sollte der Stichtag nicht die Grundlage für die zur Masse zu liquidirenden Forderung bilden; der vertragsmäßige Stichtag ist durch die Konkurseröffnung beseitigt, ein anderer Termin ist in gültiger Weise nicht an seine Stelle getreten, es fehlt mithin an jeder Grundlage für die Berechnung der Differenzforderung und ist die Folge hiervon, daß beim Konkurse über das Vermögen eines der Kontrahenten überhaupt eine Forderung nicht erhoben werden kann.

Führt die Zahlungseinstellung nicht zur Konkurseröffnung, so fallen die aus der nothwendigen Gleichstellung der Gläubiger hergeleiteten Bedenken, und erscheint für diesem Fall die Abrede des Schlußzettels rechtsverbindlich. Wird der Konkurs durch Akkord beendet, so ist damit das Hinderniß, welches der Abrede entgegenstand, wieder fortgeräumt, und der Gläubiger ist berechtigt, die Akkordraten von der Forderung, wie sich solche aus der Differenz des Vertragskurses und des Kurses zu der durch den Schlußzettel bestimmten Zeit sich berechnet, zu fordern.

Wird die vorstehende Ausführung als richtig anerkannt, so wird man zugeben müssen, daß die §§ der Schlußzettel ihren Zweck vollständig verfehlt haben; statt die Verhältnisse zu vereinfachen, ist der Bestand derselben überhaupt in Frage gestellt und verwickelt.

Eine Umarbeitung der Schlußzettel erscheint mir hiernach erforderlich und dürfte man dahin gelangen, daß es am zweckmäßigsten ist, es lediglich beim Gesetz zu belassen.

Digitized by Google

V.

Excurse zu einigen Theilen des Seerechts.

Vom Herrn Appellationsrath a. D. Ritter Ackermann zu Dresden.

4. Lieferung. Fortsetzung v. Bd. XI, S. 125.

Tit. 11 des 5. Buchs des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs.

Von der Versicherung gegen die Gefahren der Schifffahrt.

§ 16.

Auch der Ursprung des heutzutage so ausgebildeten und nützlichen Instituts der Assecuranz ist in tiefes Dunkel gehüllt. Da es hier nicht der Ort ist, historische und kritische Forschungen anzustellen, so begnüge ich mich mit dem von bewährten Schriftstellern Ermittelten, und namentlich mit dem, was der im Versicherungswesen als Autorität geltende, bereits früher erwähnte Wilhelm Benecke, „System des Assecuranz- und Bodmereiwesens," S. 3 flg., 2. Ausg., Hamburg 1820, und der gleichfalls classische Meno Pöhls, in der „Darstellung des See-Assecuranzrechts," Hamburg 1832, 1. Thl., S. 5 in dieser Beziehung uns mittheilen.

Das Bedürfniß der Versicherung war bei dem frühesten Stande der Schifffahrt nicht vorhanden. „Ohne Kenntniß des Compasses, — sagt Pöhls, a. a. O. — nur nach der Sonne und einigen Sternen sich richtend, hielten sich die Schiffer an die Küsten. Während des Winters ruhte die Schifffahrt ganz. Amerika war unentdeckt; die Communication nach Asien geschah durch ein bloßes Uebersetzen über den Pontus Euxinus. Die Ueberfahrt nach Afrika war ebenfalls

Digitized by Google

kurz. Der innere Transport geschah zu Lande oder auf den Flüssen, und die größte Gefahr für die Schifffahrt war die Seeräuberei." Dazu der geringe Verkehr nach außen, die Unbedeutenheit des Handels und mit ihm die der Schifffahrt. Wozu hätte es da besonderer Versicherungsmaßregeln bedurft! — Zwar hat es nicht an Schriftstellern gefehlt, welche in römischen Classikern, wie in Livius, Sueton und Cicero Spuren von Assecuranzen haben finden wollen; allein Benecke und Pöhls widerlegen dieß. Selbst in den römischen Rechtsquellen wollen Manche Andeutungen des Versicherungswesens entdecken. So in l. 1, § 35 D. depositi (16. 3) (Haftung für das Depositum); l. 39 D. mand. vel contra (17. 1) (derselbe Gegenstand); l. 1 pr. D. de peric. et com. rei vend. (18, 6) (Haftung beim Kaufe); l. 18, § 5 D. locati cond. (19. 2) (Haftung bei einer übernommenen Kunstarbeit). Schon der hier gegebene Inhalt dieser Gesetze zeigt, daß von Versicherungen in unserem Sinne keine Rede ist. Ebenso bezieht man sich auf l. 67 D. De verb. obl. (45. 1). „Illa stipulatio: decem salva fore promittis, valet." Dieß aber, sowie der Tit. 6, Buch 46: „Rem pupilli vel adolescentis salvam fori," gründen sich lediglich auf übernommene Bürgschaften, wie dieß auch Hellfeld, Jurispr. for, T. II, § 1939, pag. 752, ed. 6 ausdrücklich sagt: „Huiusmodi satisdatio (tutorum curatorumve) fiebat per fideiussores, sicque mediante stipulatione." — Auch Glück — Pandektencommentar, 21. Bd., S. 207 — hat keine Spur der See-Assecuranz in den römischen Gesetzen gefunden, und erklärt selbst die in l. 63 und 129 D. de verbor. obl. vorkommenden Worte: „si ita quis stipulatur: sive navis ex Africa venerit" und „decem aureos dabis, si navis venerit," für bloße Wetten, was sie auch nur sind. Bedenklicher schon wird Glück, a. a. O., S. 208 flg. bei der Stelle aus Cicero, ad familiares, Lib. II, ep. 17: „Laodicaeae me praedes ut et mihi et populo conatum sit sine vecturae periculo." Allein ein klarer Beleg ist dadurch umsoweniger geliefert, als das von den Kritikern so verschieden ausgelegte Wort „praedes" keinen festen Anhalt giebt. Sehr gut widerlegt Pöhls, a. a. S., S. 6 flg. die gegentheilige Meinung. — Allerdings war das foenus nauticum der Römer — D. lib. 22, tit. 2 und C. lib. 4, tit. 33 — etwas Aehnliches; allein im Wesentlichen doch sehr verschieden von von der assecuratio

Digitized by Google

maritima, denn „bei dem foenus nauticum wird dem Darlehnnehmer, welcher hier der Versicherte ist, mit dem Darlehn die Entschädigungssumme zum Voraus gegeben, sodaß er dieselbe nebst den erhöhten Zinsen restituiren muß, wenn der Schaden nicht eintritt; bei dem Versicherungsvertrage dagegen wird dem Versicherten die Entschädigungssumme erst nach wirklich eingetretenen Schaden ausbezahlt, während er die Versicherungs-Prämie sogleich beim Abschlusse des Vertrags entrichten muß." Wenn man will, kann man den Unterschied zwischen foenus nauticum und Versicherungsvertrage auch so auffassen: daß bei jenem der Darleiher gegen die höheren Zinsen die Summe hergibt, welche der Gefahr ausgesetzt werden soll, so daß er sie bei nicht eintretendem Schaden wieder erhält, während bei dem Versicherungsvertrage diese Summe von dem Versicherten hergegeben wird, und der Versicherer die Verbindlichkeit übernimmt, ihm dieselbe im Falle eines eingetretenen Schadens zu restituiren." — Luden in Weiske's Rechtslexicon, 4. Bd., S. 320 flg. Eher hat das foenus nauticum eine Aehnlichkeit mit der Bodmerei; doch besteht hier der Unterschied nach Luden — a. a. O. — „darin, daß bei der Bodmerei nicht von einer eigentlichen pecunia trajecticia die Rede ist, da doch bei dem foenus nauticum das dargeliehene Capital oder Ladung wirklich über Meer gehen muß." — So viel ist also gewiß, daß mindestens nicht mit Bestimmtheit die Bekanntschaft der Römer mit der assecuratio in unserem heutigen Sinne nachgewiesen ist.

Gehen wir nun in unserem Geschichtsstudium weiter, so finden wir zunächst die von Vielen, wie z. B. Busch, Handbuch der Erfindungen, 1. Thl., S. 254 und Mirus, das Seerecht nach preuß. Gesetzen, 7. Bd., S. 93 aufgestellte Behauptung, daß Juden, welche Philipp II. von Frankreich, um mit Heinrich II. von England Krieg führen zu können, beraubte und dadurch zur Auswanderung zwang, zur Sicherung des Transports ihrer Effecten sich der Assecuranz bedient hätten. Allein dieser Behauptung fehlt es, wie Pöhls a. a. O., S. 8 versichert, an den historischen Zeugnissen. — Auch die älteren, in unserer 1. Lieferung — IX. Bd., S. 21 — angezogenen Seerechte, wie das Oleronsche, das Consolato und das Whisbysche, erwähnen die Assecuranzen nicht, und den in dem letzteren in manchen Ausgaben vorkommende, von Assecuranzen handelnden § 68 erklärt

Digitized by Google

Benecke, a. a. O., S. 8 geradezu für eingeschoben. Nach einer historischen Notiz in der „Chronyk von Blandern" Cap. 9, S. 462 soll 1310 zu Brügge bereits eine Assecuranzkammer errichtet worden sein. Allein, abgesehen davon, daß sich von derselben nirgends weiter eine Spur findet, bezweifelt Pöhls, a. a. O., auch deren Existenz, und meint, „der spätere Chronikenschreiber habe jedenfalls etwas ganz Anderes für eine Assecuranz angesehen." — Sicherer ist es, den Ursprung der Assecuranzen in das 14. und 15. Jahrhundert zu versetzen. Das uns bekannte älteste Assecuranzgesetz ist das von Barcellona vom Jahre 1435, welches sich aber selbst nur als die Verbesserung früherer Ordonnanzen ankündigt. Ihm folgte das Florentinische von 1523, ein Spanisches von 1563, Assecuranzordnungen für Antwerpen von 1593, für Amsterdam von 1598. Frankreich erhielt in Ludwigs XIV. „Ordonnance de la marine" von 1681 ein vollständiges Assecuranzrecht, an dessen Stelle seit 1808 die in dem Code de commerce, 10. bis 13. Titel enthaltenen Vorschriften getreten sind. Merkwürdig ist es, daß England, diese große seefahrende Macht, keine positiven Assecuranzgesetze hat. Nach Benecke, a. a. O., S. 14 werden dort streitige Fälle nach Gewohnheit, kaufmännischen Gebräuchen und älteren Präjudizien entschieden. — Schweden hatte im 6. Abschnitte seines Seerechts von 1667 besondere Assecuranzvorschriften, seit 1750 aber ein eigenes Assecuranzrecht; Dänemark behandelte den Gegenstand im 4. Buche, Cap. 6 des Gesetzbuchs von 1683, Preußen im 6. Capitel seines Seerechts von 1727, von wo es in die Assecuranzordnung von 1766 und von dieser in das Landrecht von 1794, 2. Thl., 8. Tit. überging. Oesterreich hatte, wie Pöhls, a. a. O., S. 14 versichert, keine Assecuranzgesetze. In Triest entschied man nach der französischen Ordonnance de marine. In Rußland, wo bis dahin die Amsterdamer Assecuranzordnung galt, enthält die Schifffahrtordnung Katharinas II. von 1781 im 10. Hauptstücke das Assecuranzrecht. Hamburg hatte seit 1731 eine Assecuranzordnung, nach der sich auch Lübeck und Altona, wie Bremen nach der Holländischen, richteten. In Nordamerika richtet man sich zur Zeit noch nach englischen Gewohnheiten und älteren Präjudizien.

Das Assecuranzrecht war überhaupt von jeher auf so viel Gewohnheiten und Handelsusancen gegründet und wurde nach so vielerlei

Digitized by Google

Gesetzen entschieden, daß die Aufnahme des Rechts der „Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt" in dem 11. Titel des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs ein sehr bedeutendes Verdienst dieses Codex ist.

Eine gesetzliche Definition gibt unser Gesetzbuch nicht. Sie ist auch nicht nöthig, zumal unter den Rechtslehrern wie unter den Laien keinerlei Zweifel herrscht, daß der Versicherungsvertrag derjenige sei, durch welchen der eine der Contrahenten dem anderen gegen eine vereinbarte Entschädigung eine Gefahr dergestalt abnimmt, daß er sich, in Beziehung auf dieselbe, ganz in dessen Stelle setzt. — Pöhls, a. a. O., S. 3. —

Dem Wortlaute nach disponirt das Gesetz nur über Versicherung gegen „Seegefahr," schließt also Flüsse und Binnengewässer aus. Indeß dürfte es in Fällen der letzteren Art von analoger Wirkung, und es auch der Gesetzgebung der einzelnen Staaten unbenommen sein, das Gesetz in seinen anwendbaren Theilien auf den kleineren Wasserverkehr ihrer Länder auszudehnen. — Flußversicherungs-Gesellschaften gibt es sehr viele, namentlich zu Dresden, Leipzig, Basel, Berlin, Erfurt, Frankfurt a. M., Stettin, Wesel, Triest.

Da die Gefahr leicht die Kräfte des einzelnen Versicherers — Assecurant, Assecureur, in diesem Falle „Privatassecuradeur" — übersteigt, so sind von ihnen Mehrere zu diesem Geschäfte zusammengetreten, und haben dießfallsige Actiengesellschaften — Assecuranzcompagnien — oder auch nur Privatcompagnien gebildet, die unter staatlicher Aufsicht stehen. Pöhls, a. a. O., S. 28 flg. führt mehrere solche Gesellschaften auf.

Zu den verschiedenen Arten der Seeassecuranz gehören: die Versicherung auf Casco (den Boden, Rumpf des Schiffes sammt Takelage und Schiffsgeräth), auf Güter, auf Baratterie (durch Nachlässigkeit, Muthwillen oder Bosheit des Schiffsvolks entstandenen Schaden), auf Fracht, auf Türkengefahr (falls ein aus der Sclaverei Loszukaufender mit dem Schiffe in die Hände der Barbaresken fallen sollte), auf Kaperei, auf Lebensversicherung auf der See, auf Wallfisch-, Heringsfang oder andere Fischereien. — Einige dieser Versicherungen haben ihren Werth verloren, andere fallen unter die allgemeinen Bestimmungen, und einige werden in den nachstehenden Excursen besprochen werden.

Digitized by Google

§ 17.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Art. **782** spricht zwar nur von „Schiff und Ladung" als Gegenstände der Versicherung, allein der folgende Paragraph erweitert dieß und führt, außer diesen am gewöhnlichsten versichert werdenden Gegenständen, noch mehrere, wie „Fracht, Ueberfahrtsgelder" u. dergl. auf. Nach den Worten des Paragraphs, und wie es auch die Conferenz genommen hat, ist nicht sowohl die versicherte Sache, sondern das „in Geld schätzbare Interesse" Gegenstand des Versicherungsvertrags. — Prot., S. 3131 flg. — Dieselbe verstand — Prot., S. 4231 flg. — unter „Gefahren der Seeschifffahrt" nicht blos die auf hoher See, sondern auch die in Häfen und — was wohl zu merken ist — in Flüssen. — Gesetze und Gewohnheiten haben mehrere Assecuranzen als unzulässig bezeichnet — Benecke, a. a. O., S. 23 flg. Pöhls, a. a. O., S. 66 flg. Preuß. Landrecht, Thl. 2, Tit. 6, § 1952. — Dahin gehören namentlich die „Wettassecuranzen," wodurch ein Object versichert wird, durch dessen Untergang der Versichernde keinen Schaden leidet, ein eigentliches „schätzbares Interesse" daher gar nicht vorliegt. Da unser Gesetzbuch im Art. 783 alles das aufzählt, was versichert werden kann, so schließt dasselbe dadurch alle jene Verbote, bis auf das im Art. 784 erwähnte der „Heuerforderung," in sich, die übrigens auch zum Theil auf antiquirten Begriffen beruhen, obschon das im Eingange des Art. 783 gebrauchte Wort „insbesondere" den Kreis der Versicherungen nicht so definitiv abgeschlossen zu haben scheint.

Art. **783** specificirt (jedoch nur, wie eben gedacht, „insbesondere") die Gegenstände zulässiger Versicherungen. In Ansehung des „Schiffs" vergleiche man Art. 799 flg., der „Fracht" Art. 801 flg., der „Güter" Art. 803 flg., der „Bodmereigelder" Art. 807. Unter „Havareigeldern" verstand die Conferenz — Protoc., S. 3271 — die Gelder, welche nach Einleitung eines Unternehmens zur See vor dessen Beendigung in Folge eines Seeunfalls aufgewendet werden müssen. — Havarei- und Bodmereigelder hat man früher bisweilen von der Versicherung ausschließen wollen, allein, wie Benecke, a. a. O., S. 133 und Pöhls, a. a. O., S. 96 flg.

Digitized by Google

nachgewiesen haben, mit Unrecht. — Die „anderen Forderungen" sind, nach der Erklärung der Conferenz — Prot., S. 3132 — solche, welche mit dem der See anvertrauten Gegenstande in einem besonderen Verbande, als Pfandforderungen, Schiffsschulden u. dergl. stehen. — Zu „Fracht" und „Ueberfahrtsgelder" bemerkte die Conferenz — Prot., S. 2133 —, daß in der Versicherung der ersteren, nach der Auffassung des Verkehrs, wegen wesentlicher Verschiedenheit des Risico selbstverständlich nicht immer die der letzteren enthalten sei. Diese betreffen nur den Weitertransport des Reisenden. — Der „imaginäre Gewinn" — auch „eingebildete Nutzen," „gehoffte Gewinn" — ist in mancher ausländischen Gesetzgebung, selbst in dem Code de commerce, art. 379, liv. II, tit. 10 von der Versicherung ausgeschlossen. Das Unrichtige dieses Verbots weisen Benecke, a. a. O., S. 134 flg. und Pöhls, a. a. O., S. 92 flg. nach. Das preuß. Landrecht, a. a. O., Art. 1991 gestattet sie, wenn sie ausdrücklich darauf geschlossen und zugleich der Gegenstand, von welchem der Gewinn erwartet wird, bestimmt angegeben worden ist. — Die „Rückversicherung," vermöge welcher der Assecurateur seinem Versicherer ganz dieselbe Gefahr, die er seinem Versichernden abgenommen, überträgt, weil ihm der Muth zur Ausführung der Versicherung, die er doch auch nicht völlig aufheben will, fehlt, war in manchen Staaten ganz verboten. Preußen gestattete sie unter verschiedenen Bedingungen — Landrecht, a. a. O., § 2016 flg. — Ausführlich behandeln sie Benecke, a. a. O., S. 281 flg. und Pöhls, a. a. O., S. 98 flg. —

Das im Art. 784 ausgesprochene Verbot der Heuer-Assecuranz bestand schon früher. — Benecke, a. a. O., S. 82 flg. Preuß. Landrecht, a. a. O., § 1937. Hamburger Assec.-Ord., Tit. 2. Art. 8. Code de com., art. 347. — Es geschah dieß, um Schiffer und Mannschaft durch die Besorgniß, ihrer Heuer möglicherweise verlustig zu gehen, zu veranlassen, in Fällen der Gefahr ihre Schuldigkeit zu thun. — Nach der Erklärung der Conferenz — Prot., S. 3005 — schließt dieses Verbot aber nicht aus, daß der Rheder die Heuer versichere und eben so nicht die Gagen der übrigen auf einem Schiffe angestellten Personen. — Auch die einem Dritten cedirten Heuergelder dürfen nicht versichert werden. — Prot., S. 3008. — Auf den bisweilen an die Stelle der Heuer tretenden Antheil des Schiffers und

Digitized by Google

der Mannschaft an Fracht und Gewinn erstreckt sich das Verbot nicht. — Prot., S. 3106. —

Ueber die im Art. 785 erwähnte „Versicherung für fremde Rechnung" verbreiten sich sehr umständlich — Benecke, a. a. O., S. 308 flg. und Pöhls, a. a. O., S. 139 flg. — Nach Letzterem verlangen fast alle älteren Gesetze, daß der Versicherte ausdrücklich in der Police angebe, ob er im eigenen Interesse oder für fremde Rechnung versichere. Die gewöhnlichen Bezeichnungen für die letztere Versicherung sind: „An Zeiger," oder „an Inhaber," „für Rechnung wen es angeht," oder „für Rechnung der Interessenten," oder „für wessen Rechnung es auch sein möge," „für sich oder für Rechnung wen es angeht," oder „für eigene und Freundes Rechnung," „für Freundes Rechnung," „für einen zu nennenden Versicherten," „für N. oder einen Anderen," „für sich oder für N." Dadurch, daß in unserem Gesetze nur die eine Formel „wen es angeht" genannt wird, dürfte der Gebrauch einer anderen, dem Sinne nach gleichbedeutenden Formel nicht ausgeschlossen sein. — Die Conferenz bemerkte hierbei — Prot., S. 3662 —: die letztere Bezeichnung solle ausdrücken, daß ein Versicherungsnehmer nicht unter allen Umständen für eine ganz bestimmte, dem Stande nach bekannte Person zu contrahiren habe. Es handle sich dagegen darum, auszuschließen, daß der Versicherungsnehmer eine Versicherung für ein noch nicht existirendes Interesse oder für eine persona incerta im juristischen Sinne nehme, also für eine Person, die das fragliche Interesse noch gar nicht hat, sondern erst künftig erwerben soll. Der Versicherungsnehmer braucht nun die Person, welche das betreffende Interesse zur Zeit des Vertragsabschlusses hat, nicht stets dem Namen nach bekannt zu sein; auch soll die Versicherung nicht stets ungültig sein, wenn er sich vielleicht in der Person des Interessenten geirrt hat. — Zu diesem Artikel gibt das Archiv, 3. Bd., S. 290 ein die Frage: Bedarf es, um der Wittwe, für welche ihr verstorbener Ehemann sein Leben versichert hatte, ein Klagerecht auf diese Versicherung zu verschaffen, ihres Beitritts zum Versicherungsvertrage mit Bewilligung der Hauptparteien? verneinend beantwortendes Präjudiz des Ober-Tribunals von Berlin vom 4. Mai 1864. Zwar paßt dasselbe, da demselben eine Lebensversicherung unterliegt, nicht ganz hierher, und scheint hier nur deshalb einen Platz gefunden zu haben, weil das

Digitized by Google

Handelsgesetzbuch, Art. 271 unter 3 im Allgemeinen Versicherungen den Handelsgeschäften beizählt; indeß kann diese Entscheidung in Preußen wohl zu einer analogen Verwendung Gelegenheit geben. Für das Seeassecuranzrecht dürfte es wenig maßgebend sein, zumal

Art. 786 ausdrücklich bei den „Versicherungen für fremde Rechnung" einen „Auftrag" erfordert, und den Mangel desselben durch „nachträgliche Genehmigung" nicht ersetzen läßt; was sich nach der Bemerkung der Conferenz — Prot., S. 4241 —, selbst auf eine solche „noch vor der Bekanntwerdung eines Unfalls," also re integra erfolgte Ratihabition bezieht. Diese Bestimmung wird jedoch, nach der Erklärung der Conferenz — Prot., S. 4243 —, dadurch wieder etwas sanirt, daß eine Versicherung „unter Vorbehalt der Genehmigung des Versicherten" gestattet, diese aber dann nicht als „Versicherung für fremde Rechnung," sondern als eine solche angesehen werden solle, „bei welcher der Rheder nicht im eigenen Namen contrahirt, vielmehr der Versicherte selbst als Contrahent erscheint." — Auch das preuß. Landrecht, a. a. O., § 1945 flg. fordert ausdrücklichen Auftrag der Vollmacht, deren jedoch Handlungsfactore und Disponenten nicht bedürfen. § 1950 flg. gestatten nachträgliche, ja sogar unter gewissen Bedingungen stillschweigende Genehmigung. Das ältere Recht gab, nach den Aufführungen Pöhls, a. a. O., S. 35 — manchen Anlaß zu Streitfragen, als sich kein bestimmter Zeitpunkt angeben ließ, bis zu welchem die Ratihabition erfolgen müsse. „Die Politik — sagt Pöhls — mag den Gesetzgeber veranlassen, der Ratihabition alle Wirkung zu entziehen; der Richter muß sie, so lange dieß nicht geschehen ist, anerkennen, und kann nur in dem gegebenen Falle aus den Umständen entscheiden, ob die Ratihabition bona fide ertheilt sei, oder nicht." — Diese heiklige Untersuchung coupirt unser Gesetzbuch.

Zu Art. 787 bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3000 —, daß, wenn der Dritte dem Versicherer genannt ist, und dieser jenen nunmehr auffordert, sich über die Genehmigung zu erklären, es selbstverständlich sei, daß der Dritte mit seiner Erklärung nicht zurückhalten dürfe, und daß, wenn er schweige, oder sich ausweichend auslasse, der Versicherer befugt sein müsse, vom Vertrage sich loszusagen, — so wie, daß Niemand mit dem Mandatar des Versicherten dergestalt contrahiren dürfe, daß er den Letzteren unbenannt lasse, und daß

Digitized by Google

derjenige, der eine Versicherung „für Rechnung wen es angeht" geschlossen, nachträglich mit der Behauptung und dem Abweise, daß er nur als Mandatar habe handeln wollen, kein Gehör finden dürfe.

Zu Art. 788 sagt die Conferenz — Prot., S. 3000 —, daß durch die Bestimmung dieses Artikels keineswegs ausgesprochen sei, wie die schriftliche Errichtung des Versicherungsvertrags zu dessen Gültigkeit erforderlich; vielmehr sei ausdrücklich anerkannt, daß die Perfection dieses Vertrags mit der beiderseitigen Consenserklärung eintrete und von der Ausfertigung der Police unabhängig sei. — Ursprünglich war, wie Pöhls, a. a. O., S. 134 aus dem Guidon de la mer nachweiset, die schriftliche Abfassung durchaus nicht nothwendig, und auch, als dieselbe später aufkam, galten die mündlichen Verträge, sogenannte „assecurances en confiance" noch. Mißbräuche derselben führten in den meisten Staaten zu dem Gebot der Schriftlichkeit, so das preuß. Landrecht, a. a. O., § 2064 und der Code de commerce, liv. II, tit. 10, art. 332: „Le contract d'assecurance est redigé par écrit."

Zu Art. 789 wurde in der Conferenz — Prot., S. 4294 — erläuterungsweise bemerkt, daß die Bestimmung im 1. Satze nicht nur auf den Fall zu beziehen sei, wenn das zu versichernde Object die Gefahr bereits vollständig überstanden hat, und dieß dem Versicherten beim Abschluß des Vertrags bekannt ist, sondern auch dann, wenn der Versicherer davon Kenntniß hat, daß die Gefahr bereits vorüber sei, und dem Versicherungsgegenstande gar nicht mehr drohen könne. — Wenn nach dem 2. Satze der Vertrag als Versicherungsvertrag dann ungültig ist, wenn beide Theile von dem Sachverhältnisse unterrichtet waren, so dehnte die Conferenz — Prot., S. 4252. 4376 — dieß auch auf den Fall aus, wenn den Parteien der Umfang des Schadens noch unbekannt war, welchen Falls der Vertrag als Wette u. dergl. aufzufassen sei. — Selbstverständlich ist es auch, (schon nach dem allgemeinen Proceßgrundsatze „affirmanti incumbit probatio"), daß — wie die Conferenz in Prot., S. 3010. 3159 erwähnte — die im 3. Satze gedachte Wissenschaft des Versicherers behauptet, oder dießfallsiger Beweis geführt werden muß. — Zu diesem Artikel gibt das Archiv, 9. Bd., S. 288 ein Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 11. Juni 1866, wegen „Abnahme der Police nach bereits eingetretenem Brande," also bei einer Feuerver-

Digitized by Google

versicherung. — Doch kann man hierbei nur das wiederholen, was ich oben zu Art. 785 von einer Lebensversicherung bemerkt habe.

Die in Art. **790**, 3. Satz erwähnte „Ueberversicherung" ist im Grunde nichts Anderes, als ein dolus, der überhaupt auch zur Vertrags-Ungültigkeit führt. — Conferenz-Prot., S. 3017. — Das Archiv, 7. Bd., S. 332 u. 335 bringt zu diesem Artikel zwei Erkenntnisse des Berliner Obertribunals, beide aber in Feuerassecuranzen. Das erstere vom 3. März 1865 handelt von der Ueberversicherung bei Waarenlagern*) und ähnlichen Gegenständen, die zum Verkauf oder zum Verbrauch zusammengebracht zu werden pflegen, und deren Bestand nach Größe und Werth einem steten Wechsel unterworfen ist; — und das zweite v. 14. Januar 1864 beantwortet die Frage, ob blos die qualitative Ueberversicherung (über den gemeinen Werth hinaus), oder auch die quantitative (gar nicht vorhandener Gegenstände) unerlaubt und strafbar sei? —

Bei Art. **791** bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3047 —, daß, da zur Perfection einer Versicherungsurkunde eine schriftliche Urkunde nicht gerade erforderlich sei, nicht blos das Datum des Vertrags, sondern auch der Tag des Vergleichabschlusses die Gleichzeitigkeit mehrere Verträge constatiren könne. — Nach Pöhls, a. a. O. S. 205 war eine mehrfache Assecuranz nach allgemeinem Rechte untersagt. Das preuß. Landrecht verbietet dieß a. a. O., § 2000 ausdrücklich, macht dem Versichernden die Anzeige zur Pflicht, ob und wo er bereits anderwärts versichert habe — § 2001 —, gibt dem älteren Contracte den Vorzug — § 2004 —, gestattet jedoch, wenn dieser den vollen Werth noch nicht erreicht, hinsichtlich des Fehlenden, den zweiten Vertrag; eine Bestimmung, welche der folgende

Art. **792** genau enthält, und sich auch zum Theil in Art. 359 a. a. O. des Code de commerce findet.

*) Hinsichtlich der Versicherung der Waarenlager gegen Feuersgefahr will ich hier gelegentlich eines in v. Kamptz, Annalen, 8. Bd., S. 560 enthaltenen Rescripts des k. preuß. Ministerium des Innern vom 4. Juni 1824 gedenken, nach welchem die Polizei weniger Veranlassung haben soll, bei dem Abschlusse solcher Versicherungsverträge selbstthätig zu sein (also z. B. den Bestand eines zu versichernden Waarenlagers zu controliren), als vielmehr nach einem Brande von dem Nachweise Kenntniß zu nehmen, welchen der Versicherte führen muß, daß der versicherte Gegenstand bei dem Brande vorhanden gewesen sei, und welchen wahren Werth er gehabt habe.

Digitized by Google

Die im Art. **793** gestattete Aufrechthaltung späterer Versicherungen bezieht sich, nach einer Erörterung der Conferenz — Prot., S. 3041 — selbstverständlich nicht auf die Fälle, in denen der frühere Assecuranzvertrag noch vor der neuen Versicherung seine rechtliche Gültigkeit ganz verloren hatte, weil er völlig aufgehoben, eine eigentliche Doppelversicherung daher gar nicht vorhanden war. — Die Bestimmung der Zeit der in Nr. 1 erwähnten Cession ist den Contrahenten ganz überlassen — Prot., S. 4261 —. Zu Nr. 2 ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen sei, daß sich der Versicherte aus der älteren Versicherung nicht erholen könne? hier offen gelassen, damit dieselbe entweder in besonderen Verabredungen, oder schließlich im richterlichen Erkenntnisse seine Erledigung finde. — Prot., S. 3043 —. Zu Nr. 3 bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3133 —, daß die neue Versicherung nicht nur wegen künftig eintretender, sondern auch wegen bereits eingetretener, aber noch nicht bekannt gewordener Schäden statthaft und es nicht nothwendig sei, daß der Versicherte auf alle Ansprüche verzichte; sondern eine neue Versicherung solle auch dann statthaft sein, wenn der Versicherte die bereits begründeten Entschädigungsansprüche sich vorbehalte, wobei aber selbstverständlich die neue Versicherung auch nur insoweit, als der erste Versicherer entlastet wird, und die alte Versicherung hinwegfällt, statthaft erscheint.

Die im Art. **794** gedachte „Doppelversicherung" hat, oder hatte wenigstens sonst eine dreifache Bedeutung, indem sie, nach Pöhls, a. a. O., S. 129 bald im Allgemeinen als „Versicherung über das wahre Interesse hinaus" und als solche ungültig, bald als die an einem Orte und in einer Police von mehreren Assecurateurs bewirkte Versicherung des doppelten Werthes, bald endlich — und das ist die unsrige — als die an mehreren Orten bewirkten mehr- (mindestens zwei-) maligen Einzelversicherungen erscheint. Nach früheren, besonders Hamburger Rechten galt unbedingt die erste Versicherung — Pöhls, a. a. O., S. 130 —. Das Handelsgesetzbuch unterscheidet im 792. bis mit 795. Art. verschiedene Fälle. — Darüber bemerkt die Conferenz — Prot., S. 4380 — noch, daß, wenn der Versicherte Auftrag zum Abschluß der Assecuranz gegeben, ohne von dem Abschlusse durch den Versicherungsnehmer Kenntniß zu haben, die unbedingt genommene neue Versicherung ungültig sei;

Digitized by Google

so wie — Prot., S. 4282 —, daß die Frage, wie das Verhältniß zwischen dem Versicherten und dem Versicherungsnehmer in dem am Schlusse unseres Artikels vorausgesetzten Falle sich gestaltet? nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantworten sei, wobei der Umstand zu berücksichtigen, ob beide in Geschäftsverbindung gestanden, ob der Versicherungsnehmer demnach eine Antwort zu erwarten Grund hatte, oder nicht u. dergl. Selbstverständlich ist der zuletzt erwähnte Versicherer der zweite. —

Zu Art. **796.** Nach Pöhls, a. a. O., S. 106 soll Niemand weniger versichern, als er zu versichern berechtigt ist, d. h. der Versicherer sieht immer den vollen Werth des versicherten, der Gefahr ausgesetzten Interesses als Gegenstand der Assecuranz an, wenn er auch weniger als diesen Werth versicherte. Daraus folgt, daß im Falle eines nicht totalen Schadens der Assecurateur nicht die gezeichnete Summe, sondern den ganzen Werth des versicherten Gegenstandes zum Grunde legt und dann auf seine gezeichnete Summe repartirt. Pöhls gibt in der Anmerkung 2 hierzu folgendes Beispiel: der Werth einer Waare ist 10,000 Mark; versichert sind 8000 Mark; entsteht nun ein Schaden von 2000 Mark, also $^1/_5$ vom ganzen Werthe, so bezahlt der Assecurateur dieses $^1/_5$ nur von seiner mit 8000 Mark gezeichneten Summe, also mit 1600 Mark, und der Versicherte muß das $^1/_5$ von den unversicherten 2000 Mark, also 400 Mark selbst tragen. — Zu derselben Berechnung führt auch unser Artikel.

Zu Art. **797** bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3068 und 3135 —, daß die im 1. Satze gedachte „Taxe" nur „unter den Parteien" maßgebend sei, nicht aber für das Verhältniß des Versicherers zu einem zweiten Versicherer bei der Frage, ob die zweite Versicherung als Deckung eines durch die erste unversichert gebliebenen Werthes gültig sei. — Ebenso nahm man — Prot., S. 4263 flg. — an, daß der „Versicherungswerth" der Werth des wirklichen versicherten Interesses, nicht des versicherbaren Interesses. Die Parteien können nur diesen Werth taxiren; sowie sie aber eine andere Vereinbarung über ihn treffen, wenn sie insbesondere vereinbaren wollen, welche für den Werth einflußreiche Momente in Anschlag kommen sollen, so trifft eine solche, übrigens statthafte Vereinbarung nicht mehr das versicherte, sondern das versicherbare Interesse.

Digitized by Google

Zu Art. **798** ist die Bemerkung in den Motiven des preuß. Entwurfs, S. 384 zu erwähnen, daß aus der Unabhängigkeit der getrennt taxirten Gegenstände auch folge, wie ein Fehler, welchen der Versicherte in Betreff eines Theils begangen hat, die Versicherung der übrigen nicht berühre, so wie

zu Art. **799** die der Conferenz — Prot., S. 3034 —, daß der „Versicherunswerth derjenige sei, den das Schiff im Abgangshafen hatte, ohne Rücksicht auf die Slitage (die allmälige Abnutzung des Schiffes ohne besondere Unfälle) ꝛc.

Die im Art. **800** enthaltene Bestimmung, die sowohl auf taxirte als untraxirte Policen — Art. 797 — Anwendung findet, bezieht sich, nach einer Erläuterung der Conferenz — Prot., S 3073 und 3076 — nur auf die zu vorübergehendem Gebrauch des Schiffes bestimmte Ausrüstung, den Proviant, die Munition u. dergl. Das Zubehör, d. h. die am Schiffskörper befestigten Stücke und alle zum bleibenden Gebrauche bei der Seefahrt bestimmten Geräthschaften und Werkzeuge sind in der Versicherung des Schiffes inbegriffen.

Zu Art. **801.** Nach Pöhls, a. a. O., S. 85 kann, nach älterem Rechte, die Fracht brutto, d. h. für ihren vollen Betrag, versichert werden; es sind aber die Kosten der Ausrüstung nicht abzuziehen, weil sie schon vorausgezahlt sind, und weil, in Folge des Untergangs eines Schiffes, dem Rheder nicht der Frachtverdienst, sondern das ganze Brutto-Capital der Fracht verloren geht. Dagegen vermindert sich das Interesse des Rhebers hier um soviel, als dasjenige beträgt, was er im Falle einer glücklichen Reise aus der Fracht hätte bezahlen müssen. Dahin gehören Volksheuer, Hafengelder, Lootsgelder u. dergl. Soll also die Versicherung durchaus richtig sein, so müssen diese Unkosten von dem Bruttobetrage abgezogen und nur das Residuum versichert werden dürfen, weil sonst der Rheder, der sich bei einem totalen Schaden besser stände, wie bei glücklicher Ankunft des Schiffes, nicht gegen Schaden gesichert würde, sondern gewönne. — Das preuß. Landrecht, a. a. O., § 1986 bestimmt, daß, wenn die Frachtgelder besonders versichert werden, die Versicherung des Casco (siehe oben § 16 a. E. S. 109) nur bis zu denjenigen Werthe, welchen das Schiff nebst Geräthe, ohne die Ausrüstungskosten, beim Abgange gehabt hat, geschlossen werden darf.

Bei Art. **802** bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3078 —,

Digitized by Google

daß die „ganze Fracht" die volle Fracht für die ganze Reise und die ganze bedungene Ladung umfasse.

Bei Art. **803** finden wir folgende Bemerkung der Conferenz — Prot., S. 3031 —: In vielen Fällen kann das rechtliche Interesse eines Ladungseigenthümers weit über den Werth der Waaren im Abladungshafen hinausgehen, namentlich wenn eine schwimmende Ladung versichert werden soll. Auch abgesehen von den Vortheilen, welche die Conjunctur bringen könnte, sind Fälle denkbar, in denen das Interesse den Werth des versicherten Gutes übersteigen kann, z. B. wenn Jemand zu seinem Privatgebrauche an einem Orte eine Quantität Möbel, die am Bestimmungsorte 8000 Thlr. werth sind, und für die er 8000 Thlr. geben müßte, wenn er sie sich am Bestimmungsorte verschaffen wollte, um 5000 Thlr. angekauft hat, um sie seewärts an einen anderen Ort transportiren zu lassen und dort zu benutzen. Unverkennbar besteht in einem solchen Falle das Interesse eines Versicherten nicht blos in den 5000 Thlrn., als dem Werthe der Ladung am Abladungsorte und zur Abladungszeit, sondern in 8000 Thlrn., als dem Werth der Möbel am Bestimmungsorte. — Es ist das etwas anderes, als der „imaginäre Gewinn," von dem unten im 805. Art. die Rede ist. Dieser beruht nur auf der Hoffnung, in welcher ein Speculant ein Geschäft entrirt hat. Mit der Aussicht auf die glückliche Ankunft der versicherten Waare am Bestimmungsorte ist zugleich die Aussicht auf den dabei zu machenden Gewinn verbunden, diese Aussicht daher derselben Gefahr ausgesetzt. Ist aber hier eine Versicherung zulässig, so muß eine solche ebensogut, und noch viel mehr, wegen des gewinnlosen Interesses des Versicherten stattfinden können, wenn nur sonst, nach Pöhls, a. a. O., S. 66, der versicherte Gegenstand einen Geldwerth hat, der dem Versicherten entgeht, wenn ihm dieser Gegenstand verloren wird. — Auch nach preuß. Rechte — Landrecht, a. a. O., § 1995 — ist die Versicherung des „Interesses" gestattet, es ist eine solche auf keine höhere Summe gültig, als das in der Police angezeigte Interesse wirklich beträgt. — Von dem „imaginären Gewinn" handelt, wie bereits gedacht, unser Gesetzbuch im

805. und **806.** Art. Das preuß. Landrecht, § 1991 erkennt ebenfalls Versicherungen des imaginären Gewinns, jedoch nur insoweit als gültig an, als sie ausdrücklich darauf geschlossen und zugleich

Digitized by Google

der Gegenstand, von welchem der Gewinn erwartet wird, bestimmt angegeben worden. Früher und in manchen Seerechten, so z. B. in der Rotterdamer — Art. 3 —, in der Antwerpener Assecuranzordng. — Art. 12 —, in der Philipps II. von 1570, in dem preuß. Seerechte von 1727, Cap. 6, Art. 10, in der russisch kaiserl. Ordnung, Thl. II, H. X. 204, in Venedig — Cod. Venet., p. II, T. VI, 3 — waren derartige Versicherungen ungültig, und selbst der Code de commerce bestimmt in Art. 347, liv. II, tit. 20: „le contrat d'assecurance est nul, s'il a pour objet le profit expéré de marchandises." Manche Assecuranzgesellschaften beschränken die Versicherungen auf gewisse Procente. Etwas Aehnliches hat unser Artikel in seinem 2. und 3. Absatze, wozu die Conferenz — Prot., S. 3099 — bemerkte, daß die Bestimmung im Art. 805 auch dann unbedingt zur Anwendung kommen, und der 10% Gewinn vollständig in Ansatz gebracht werden müsse, wenn die Ladung, einschließlich des Gewinns, in einer offenen Police versichert worden und sich im Falle eines Partialschadens bei schließlicher Auseinandersetzung des Versicherten und des Versicherers ergibt, daß die Versicherungssumme nicht den vollen Werth der Ladung und des 10% Gewinns erreicht, der Versicherer also zum Theil als Selbstversicherer erscheinen würde. — Die oben erwähnte „offene Police" ist der Gegensatz der „taxirten Police," in welcher letzteren ein zwischen dem Assecurateur und dem Versicherten angenommener Werth des versicherten Gegenstandes ausgesprochen worden, wogegen in der „offenen Police" nur der Betrag schlechtweg genannt wird, bis zu welchem der Assecurateur haften soll, bei der also Letzterer immer noch die Nachweisung des Werths fordern kann. — Pöhls, a. a. O., S. 219 und 231. —

Ueber die in

Art. **807** erwähnte Versicherung der Bodmeriegelder vergleiche man den Art. 783 und das dort dabei Gesagte. Hier ist nur noch der Bemerkungen der Conferenz zu gedenken. Da heißt es denn 1) — Prot., S. 4216 —: daß bei dieser Versicherung für Rechnung eines Anderen, als des Bodmeriegläubigers — Art. 684 flg. — muß ein speciell zu bezeichnendes Interesse in Frage stehen, und die bloße Versicherung von Bodmeriegeldern nicht vorliegen; — und 2) — Prot., S. 4277 —: die Bestimmung, daß das Schiff, Fracht und Ladung als verbodmet gelten, ist im Allgemeinen zu Gunsten des

Digitized by Google

Versicherers. Wenn z. B. nur das Schiff verbodmet gewesen und untergeht, während die Fracht und Ladung gerettet worden; so haftet der Versicherer, Kraft jener Vermuthung, nur so, als wenn Fracht und Ladung mit verbodmet gewesen wären. Die Voraussetzung kann aber auch zum Nachtheile des Versicherers gereichen, nämlich dann, wenn die allein verbodmete Sache, z. B. das Schiff von keinem Unfalle betroffen wird, die nicht verbodmete Ladung dagegen verloren geht oder beschädigt wird. Sind nicht alle Gegenstände (Schiff, Fracht und Ladung) vorhanden, z. B. weil das Schiff in Ballast fährt (der sicheren Fahrt halber, statt der zu erwartenden oder abgelieferten Ladung, Ballast eingenommen hat); so ist die Assecuranz für den Assecurateur unverbindlich; denn diese Thatsache ist von solcher Wichtigkeit, daß sich der Versicherte einer Verletzung der Anzeigepflicht schuldig macht, wenn er es unterläßt, dem Versicherer bei Eingehung des Vertrags von diesem Umstande Kenntniß zu geben. — Pöhls enthält a. a. O., S. 96 über die Versicherung von Bodmeriegeldern überhaupt sehr treffende Bemerkungen. Er sagt unter anderen ganz richtig, daß, wenn man auch nicht geneigt sein möge, Beschränkungen des Rechts, Zinsen zu nehmen, auszudehnen, sich doch das Gefühl, bei einmal beschränktem Zinsfuß, gegen die Versicherung der in der Regel ohnedieß weit höhere Zinsen tragenden Bodmeriegelder sträube, da durch diesen Vertrag dem Darleiher gestattet werde, gerade die Gefahren, die ihm das Recht auf höhere Zinsen geben, von sich abzuwälzen. Deshalb hatten denn auch früher einige Seerechte sich gegen diese Versicherung ausgesprochen. Indeß dürfe man nur die Assecuranz mit der Bodmerie nicht zusammenwerfen, oder auch die Versicherung der Bodmeriegelder zu einer Reassecuranz (vermöge welcher der Versicherer eine übernommene Gefahr auf einen anderen Versicherer überträgt) machen. — Neuere Rechte, wie z. B. das preuß. Landrecht, a. a. O., § 1930 gestattet die Versicherung des Capitals, der kaufmännischen Zinsen davon und der Assecuranzprämie.

Art. 808. Die Conferenz sprach bei der Berathung — Prot., S. 4280 — aus: 1) daß man dem Versicherer das Recht eines Abzugs, weil ihm die Gläubiger (Art. 757 unter 7 —) vorgehen, nicht einräumen könne, wenn die betreffende Schiffsschuld aus einem Unfalle entstanden sei, für welchen der Assecurateur zu haften habe,

Digitized by Google

oder wenn der Versicherte zugleich persönlich für die Schiffsschuld hafte, weil er in diesem Falle durch den Untergang des Pfandobjects nichts gewinne, daß dagegen, wo beides nicht der Fall, anzunehmen sein werde, daß bis zum Belaufe der Schiffsschulden kein Interesse an der Erhaltung des Schiffs u. dergl. und somit eine Ueberversicherung vorhanden, der Abzug also zulässig sei; und 2), daß die Verantwortlichkeit des Versicherten dieselbe sei, gleichviel ob die die Rechte des Versicherers beeinträchtigende Handlung (Abs. 3 des Artikels) vor oder nach dem Uebergange derselben auf den Versicherer stattgefunden hat.

§ 18.

Zweiter Abschnitt.

Anzeigen bei dem Abschlusse des Vertrags.

Zu Art. **810.** Es liegt, wie auch Pöhls, a. a. O., S. 161 bemerkt, in der Natur der Sache, daß dasjenige, was das eigentliche Wesen des Contracts ausmacht, deutlich in demselben enthalten sein muß. Derselbe Schriftsteller hat dem entsprechend auch — versteht sich nach älterem Recht — S. 175 flg. die Folgen unrichtiger Bezeichnung zusammengestellt. — Das preuß. Landrecht — Th. 2, Tit. 8, § 2024 bis 2063 — enthält in dieser Beziehung die Pflichten der Contrahenten, und insbesondere des Versicherten, vor und bei Schließung des Vertrags und stellt § 2024 an die Spitze, daß beide Theile zu besonderer Treue, Redlichkeit und Aufrichtigkeit verpflichtet seien, so wie § 2026, daß, falls der Versicherte Umstände, welche nach dem vernünftigen Ermessen der Sachkundigen auf den Entschluß des Versicherers, sich in den Vertrag einzulassen, hätte Einfluß haben können, verschweigt, die Assecuranz unverbindlich und die Prämie verfallen sei. Sehr umständlich behandelt dies Thema Benecke, a. a. O., 3. Thl., S. 93 flg., und bringt S. 155 zu dem Grundsatze, daß eine unrichtige Darstellung, welche durch Zufall, Versehen oder Unaufmerksamkeit entsteht, dieselbe Wirkung auf den Contract hat, als eine in betrüglicher Absicht geschehene, ein sehr eclatantes Beispiel. — Nach der Ansicht der Conferenz — Prot., S. 3146 — definirt die in unserem Artikel bemerkte „Erheblichkeit der Umstände" ganz in dem Sinne der nurgedachten preuß. Gesetzvorschrift, überläßt aber die Frage, ob die Anzeige bestimmter Thatsachen das Geschäft zu einem

Digitized by Google

bedingten machen könne, der Beurtheilung des Einzelfalles; wogegen, wenn in der That ein bedingtes Geschäft vorliege, es sich von selbst verstehe, daß die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der die Bedingung bildenden Thatsache gleichgültig bleibe. Ebenso bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3150 —, daß in dem Artikel eine Erkundigungspflicht des Versicherten in dem Sinne vorgeschrieben sei, daß eine demselben unbekannt gebliebene Thatsache unter Umständen so anzusehen sei, als wäre sie ihm bekannt gewesen, daß er nämlich diese oder jene Thatsache wissen müsse, wie er sie bei gehöriger Erkundigung würde erfahren haben. — Das Archiv enthält im 9. und 10. Bde., S. 288 und bez. S. 497 zwei Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Berlin vom 11. Jun. 1866 und bez. des Kreisgerichts zu N. vom 8. Mai 1866, nach deren Ersterem die Unverbindlichkeit zur Bezahlung einer Versicherungssumme, weil der Versicherer bei Abgabe der Prämie verschwiegen, daß sein Haus bereits in Flammen stehe, und nach deren Zweitem die Unverbindlichkeit eines Versicherungsvertrags wegen falscher Declaration des Versicherten ausgesprochen wurden.—

Die Bestimmung in Art. **811**, Alinea 2 war zwar sehr nöthig, dürfte aber leicht zu processualischen Verwicklungen führen, da das „zu spät" und die „außergewöhnlichen Maßregeln" sehr dehnbare Begriffe sind. Indeß bleibt die Beurtheilung des Falles und die Entscheidung dem competenten Localrichter, unter Anwendung der Landesgesetze oder des allgemeinen Rechts, überlassen.

Die in Art. **812**, Alinea 1 enthaltene Bestimmung entspricht ganz der oben bei Art. 810 gedachten des preuß. Landrechts, § 2026. Es ist aber auch, nach der Ansicht der Conferenz — Prot. S. 3145 — gleichgültig, ob die Erfüllung der in Art. 810 und 811 erwähnten Verpflichtung wissentlich oder nur aus Versehen unterblieben ist, und ob der nicht angezeigte Umstand auf den schließlichen Entwurf eingewirkt hat, oder hat einwirken können oder nicht.

Zu Art. **813** bemerkt die Conferenz — Prot. S. 3148 —: Abgesehen von denjenigen Fällen, in welchen die eine feste Behauptung nicht enthaltende Anzeige eines Umstandes als Zusage oder Bedingung erscheint, kann von dem Versicherten die Vertretung einer solchen Anzeige nicht verlangt werden. Wenn der Versicherte bei Anführung eines Umstandes zu erkennen gibt, daß er nur eine ihm zugekommene Nachricht mittheilen wolle, die Richtigkeit der Nachricht

Digitized by Google

aber gar nicht behauptet, wie z. B. wenn er anzeigt, daß das Schiff, laut erhaltener Nachricht, an dem und dem Tage den Hafen verlassen habe, kann man ihm nicht zumuthen, für die Richtigkeit der Nachricht einzustehen. Selbstverständlich ist hiermit der Fall nicht gemeint, wenn die Nachricht von dem eigentlichen Betheiligten herrührt, und nur dem Versicherungsnehmer, der in dessen Auftrag handelt, die Unrichtigkeit der Nachricht nicht bekannt gewesen ist. Hier hat selbstverständlich der Versicherte auch die Richtigkeit der Nachricht zu vertreten. — Da in der spontanen gar nicht geforderten Mittheilung einer unverbürgten Nachricht doch nicht undeutlich das Verlangen liegt, es möge dieselbe an dem betreffenden Orte oder in der betreffenden Sache Berücksichtigung finden, so dürfte die Ansicht der Conferenz wohl von zu großer Nachsicht zeugen, und indem sie auf der einen Seite dem Versicherten durchhilft, auf der andern Seite dem Versicherer zu nahe treten. Zudem spricht unser Artikel unbeschränkt von einer „Anzeige," weshalb es unrathsam ist, eine Distinction hineinzutragen. Wird doch auch der Verbreiter unverbürgter Nachrichten, Falls dadurch eine Beschädigung bewirkt worden, bestraft. Warum soll es nicht der unbedachte Verbreiter einer sich als unwahr herausstellenden ihm günstigen Nachricht?

Zu Art. **814** bemerkt die Conferenz — Prot., S. 3151 —: Wenn z. B. bei der Versicherung einer aus 1000 Säcken bestehenden Ladung nicht angezeigt worden, daß 100 Säcke auf Deck geblieben seien (was bekanntlich, wegen der größern Gefahr der Beschädigung durch Wasser oder sonst, die Versicherung entweder ganz ausschließt, oder doch höhere Prämien bedingt — Benecke, a. a. O., 2. Thl., S. 72), würde es eine zu große Härte für den Versicherten enthalten, wenn darum die Versicherung nicht blos wegen dieser 100 Säcke, sondern auch wegen der übrigen 900 Säcke für den Versicherer unverbindlich wäre. Die Theilung der Assecuranzverträge werde man als Regel bei allen Versicherungen annehmen können, insbesondere bei der Versicherung des Eigenthums-Interesses an der Ladung, wenn nicht besondere Umstände vorhanden seien, die zu der Schlußfolgerung berechtigen, daß der Versicherte den Vertrag wegen des nicht betroffenen Theils gar nicht oder doch nicht unter derselben Bedingung eingegangen wäre. Nach der bisher gangbar gewesenen Anschauung des Verkehrs würde man also in dem angeführten Beispiele die Ver-

Digitized by Google

sicherung nur wegen der auf Deck geladenen 100 Säcke für verbindlich machen können, wenn nicht, je nach den Bestimmungen der verschiedenen Gesetzgebungen, vielleicht sogar noch geringe Folgen an die unterlassene Anzeige geknüpft würden, wie z. B. die, daß der Versicherer gewisse Gefahren nicht zu tragen habe, u. s. w. Es dürfen jedoch keine Umstände vorhanden sein, die zu der Unterstellung Anlaß geben, daß der Versicherer, hätte er die ganze Wahrheit gekannt, den Vertrag überhaupt nicht eingegangen wäre, wie dieß z. B. dann der Fall ist, wenn durch die Deckladung die Sicherheit des Schiffes beeinträchtigt, und somit auch die unter Deck befindliche Ladung gefährdet worden wäre.

Zu Art. **815** bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3629 — daß auf den guten oder bösen Glauben des Versicherten nichts ankommt.

§ 19.

Dritter Abschnitt.

Verpflichtung des Versicherten aus dem Versicherungsvertrage.

Zu Art. **816** bringt zwar das Archiv, 7. Bd., S. 337 zwei Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Bochum vom 9. März 1863 und des Appellationsgerichts zu Hamm vom 3. Novbr. 1864, allein beide betreffen für den vorliegenden Zweck sehr unwesentliche Umstände. — Die Bestimmung des ersten und zweiten Absatzes des Artikels entspricht vollständig den in § 2104 und § 2109 des preuß. Landrechts a. a. O. Hinsichtlich des im dritten Absatze berührten Falles, bestimmte dasselbe in § 2115 und 2116, daß die Versicherer im Concurse, besonders des Versicherten, wegen der noch unbezahlten Prämie, vor Ablauf von 30 Tagen das Vorzugsrecht der zweiten, nach Ablauf derselben aber das in der Concursordnung näher bestimmte Vorrecht der vierten Classe hat; daß jedoch im letztern Falle, wenn ein Schaden vergütet werden muß, die rückständige Prämie nebst Zinsen oder Interesse davon abgerechnet werden könne.

Zu Art. **817** verweise ich zuvörderst auf Benecke, a. a. O., 2. Thl., S. 314 flg., welcher selbst durch italienische, französische und englische Erkenntnisse den schon nach älterem Rechte im Allgemeinen feststehende Grundsatz, daß die Veränderung einer angezeigten See-

Digitized by Google

reise, d. h. einer solchen, deren Endpunkte von den in der Police angegebenen in der Wirklichkeit verschieden sind, die Versicherung aufhebt, nachweiset. Von der „Veränderung der Reise" unterschied man die bloße „Abweichung von der Fahrt," bei welcher die Endpunkte der Reise unverändert bleiben, und nur die Tour dahin eine veränderte ist. Diese zieht den gedachten Nachtheil nicht nach sich. Unser Gesetzbuch spricht nur von einer „andern als der versicherten Reise," nennt aber im 3. Abs. eine „veränderte" Reise ebenfalls die nach einem „andern Bestimmungshafen". In Ansehung einer „Abweichung der Fahrt" oder der Abweichung „von dem der versicherten Reise entsprechenden Wege" enthält der Art. 818 gesetzliche Bestimmungen. — Das preuß. Landrecht, a. a. O., bestimmt § 2117, daß während der Versicherungszeit der Versicherte, bei Verlust seines Rechts, nichts vornehmen dürfe, wodurch die Umstände, unter welchen die Versicherung geschlossen worden, zu des Versicherers Nachtheil geändert werden, oder seine Gefahr vergrößert wird, — ferner § 2122, daß, wenn der Versicherte die Reise ohne Noth, oder ohne Einwilligung des Versicherers verlängert, verkürzt oder sonst verändert, oder das Schiff nach anderen, als in der Police genannten, Häfen oder Orten segeln läßt, die Assecuranz erloschen und die Prämie verfallen sei; indeß, nach § 2123, nur von dem Zeitpunkte an, wo das Schiff seinen Lauf wirklich verändert hat; und § 2124 und 2125, daß wenn Seesturm, Ungewitter, Verfolgung von Feinden oder Räubern, oder andere unvermeidliche Zufälle eine Veränderung der Reise erheischten, der Versicherte binnen bestimmter Frist den Versicherer davon benachrichtiget, die Versicherung bei Kräften bleibe. — Zu Abs. 1 unseres Artikels bemerkte die Conferenz — Prot., S. 4318 — daß es, wenn die Gefahr für den Versicherer noch nicht zu laufen begonnen, keinen Unterschied mache, ob ein Nothfall die Aenderung der Fahrt herbeigeführt habe oder nicht, eben so wenig, ob der Versicherte bei der Aenderung betheiligt ist oder nicht.

Art. 818 enthält, außer der im vorigen Artikel besprochenen Reise-„Abänderung" auch eine Bezugnahme auf „Verzögerung" der Reise, auf „Abweichung von dem entsprechenden Wege, auf Anlaufen eines in der versicherten Reise nicht begriffenen Hafens. Anlangend nun die „Verzögerung," so bemerkte die Conferenz — Prot., S. 3186 —, daß nicht jede, wenn auch noch so geringe Verzögerung

Digitized by Google

beim Antritt oder bei der Vollendung der Reise als Bruch einer stillschweigenden Zusage angewendet werden könne, sondern nur solche Verzögerungen, welche weder als unerheblich betrachtet werden können, noch auch durch genügende Gründe veranlaßt seien. Es wurde daher beschlossen, anzuerkennen, daß, der herrschenden Ansicht gemäß, unerhebliche Verzögerungen der Abfahrt oder Vollendung der Reise gar nicht in Betracht gezogen werden dürfen, die erheblichen aber nur dann, wenn sie nicht durch genügende Gründe gerechtfertigt zu werden vermöchten. Deshalb schaltete man das Wort „ungebührlich" ein. Da bleibt aber dem sachverständigen und richterlichen Ermessen immer noch ein sehr großer Spielraum. Das preuß. Landrecht führt § 2126 nun eine sehr eclatante Verzögerung, das Hinausschieben bis zu einer gefährlichen Jahreszeit, an, läßt aber dem Versicherten dasselbe, unter der Bedingung der Benachrichtigung und einer höheren Prämie nach, wogegen bei Versäumung dieser Anzeige die Versicherung erloschen und die Prämie verfallen sein soll. — Benecke hat, a. a. O., S. 266 flg. mehrere Beispiele von Verzögerungen aus verschiedenen Ländern gegeben, die aber freilich etwas stark sind — 10, 12 und 20 Jahre —, ist aber doch damit einverstanden, daß eine willkürliche Verzögerung des Einladens oder die Abfahrt als eine Abweichung von der Reise, in Rücksicht der Zeit, angesehen werden und die Aufhebung der Police nach sich ziehen müsse. — In Ansehung der „Veränderung des Weges" nahm die Conferenz — Prot., S. 3188 — an, daß durch jede solche Veränderung, auch wenn damit eine Veränderung der Reise nicht verbunden ist, die Gefahr eine andere werde, der Assecurateur somit von der Haftung für die späteren Unfälle frei werden müsse. Das Gesetz könne alle Fälle der Deviation, worüber in der Doctrin und in der Praxis mancherlei Controversen beständen, nicht aufzählen, sondern müsse sich darauf beschränken, die beiden wichtigern hervorzuheben, nämlich die Abweichung von dem angezeigten Wege und das Anlaufen eines anderen als des Bestimmungshafens. Demzufolge kann möglicherweise auch die Verkürzung der Reise*) eine Deviation sein. Hat einmal eine

*) An sich scheint zwar die Verkürzung der Reise das Risico des Versicherers zu verringern, und daher die Versicherung nicht zu alteriren; allein schon die früheren Gesetze, wie z. B. die der Hamburger Assecuranzcompagnie, gingen von dem Grundsatze aus, daß ein Schiff seine Reise weder verlängern, noch verkürzen

Digitized by Google

Deviation stattgefunden, so hebt es die Haftung des Versicherers nicht wieder auf, wenn das Schiff später auf den richtigen Weg wieder zurückkehrt. Uebrigens wurde angenommen, daß als eine Deviation, ihrem Begriffe nach, keine andere Abweichung vom Curse betrachtet werden könne, als eine freiwillige; es sei dann offenbar ein solche gar nicht mehr vorhanden, wenn der Wind das Schiff vom richtigen Wege abgedrängt habe, und eben so wenig wenn der Schiffer, um den richtigen Weg zu gewinnen, momentan vom Curse ablenke, oder vielleicht wieder eine Strecke rückwärts gehe, wie dieß bei dem Einlaufen in Häfen mittelst Lavirens öfter vorkomme. Es wurde deshalb die Einschaltung des Wortes „willkürlich" als überflüssig abgelehnt. Eine Deviation ist aber auch dann nicht vorhanden, wenn der Schiffer, hauptsächlich im Interesse des Versicherers, abweicht, z. B. statt bei großem Eisgang durch den Sund zu gehen, um aus der Ostsee in die Nordsee zu gelangen, durch den großen Belt seinen Weg nimmt. Der sichere Weg ist immer auch der richtige. Wer diesen einschlägt, von dem wird Keiner sagen, daß er vom Wege abgewichen sei. Statt von dem „üblichen Wege" wurde gewählt „dem der versicherten Reise entsprechenden", weil es bei dem jetzigen Stande der Schifffahrt zwischen einer großen Anzahl von Seeplätzen verschiedene Wege gibt. — Als völlig zweifellos wurde auch von der Conferenz — Prot. S. 3187 — angesehen, daß wenn die Reihenfolge bestimmt sei, in welcher die verschiedenen Zwischenhäfen angelaufen werden sollen, in dem Anlaufen eines Hafens außer der Reihe eine Deviation liege. Unentschieden bleibt dagegen die Frage, wenn die Reihenfolge als festgestellt anzusehen, und ob dieß insbesondere schon dann der Fall sei, wenn in der Police mehrere Häfen neben einander aufgeführt sind. *) — Ob ein Hafen als in der versicherten Reise inbegriffen anzusehen sei, ist, nach Ansicht der Conferenz — Prot.,

dürfe und der Versicherte nicht befugt sei, das Schiff nach einem, obgleich näher gelegenen Hafen gehen zu lassen, welchen die Police nicht erlaubt, weil die Möglichkeit der Gefahr auch hier nicht ausgeschlossen ist. Der Versicherer trägt in diesem Falle die Gefahr nur dann, wenn der Schiffer den näheren Hafen aus einer dringenden Ursache, oder mit Bewilligung des Versicherers einging und daselbst seine Reise beendigte.

*) Benecke nimmt a. a. O., S. 407 an, daß im Zweifelsfalle die geographische Ordnung anzunehmen sei, und belegt dieß durch einige englische Entscheidungen.

Digitized by Google

S. 3190 —, darnach zu entscheiden, ob es ein Hafen ist, der bei gewissen Reisen, nach allgemeinem Handelsgebrauch, oder nach Ortsgebrauch der betreffenden Seeplätze ꝛc., auch ohne besondere Abrede angelaufen werden darf, wie z. B. die Canalhäfen bei Reisen zwischen transatlantischen Häfen und der Nordsee. — Der in Nr. 2 des Artikels erwähnte „Nothfall" darf, wie sich von selbst versteht und schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen erhellt, vom Versicherten nicht verschuldet sein. Nothfall bedeutet hier, wie die Conferenz — Prot., S. 3280 — bemerkte, ungefähr dasselbe, wie in der Lehre von der großen Havarie, ein Ereigniß zur See, das durch die zu Gebote stehenden Kräfte nicht abgewendet werden konnte, und nothwendig zur vorliegenden Nichterfüllung einer Zusage geführt hat. — Zu Nr. 3 nahm die Conferenz — Prot., S. 3180 — als besondere Rücksicht der Menschlichkeit wegen eines einem anderen Schiffe widerfahrenen Unfalls z. B. an, wenn die Besatzung eines auf hoher See in Gefahr des Untergangs schwebenden Schiffes gerettet werden konnte ꝛc. Darüber, daß im Allgemeinen die Schiffer auf hoher See verpflichtet seien, der in Lebensgefahr befindlichen Mannschaft anderer nothleidenden Schiffe zu Hilfe zu kommen, waltet unter der Conferenz — Prot., S. 3189 — keine Meinungsverschiedenheit ob. Man hielt dagegen eine Deviation zu dem Zweck, um z. B. einen schwer erkrankten Matrosen an das Land zu setzen, für nicht gerechtfertigt, erachtete überhaupt für bedenklich den Schiffer zu berechtigen, sich einem unbegrenzten Mitleidsgefühle, auf Kosten des Assecurateurs hinzugeben.

Wegen der in Art. **819** besprochenen Veränderung in der Person des (nach Art. 478 mit dem „Capitän" identischen) „Schiffers" bestimmte, nach Benecke, 2. Thl., S. 144 flgg., das frühere Recht, daß, wenn der Name des Capitäns, ohne Vorbehalt der Veränderung, in der Police angegeben ist, jede Veränderung eben so, wie die des Schiffes, entweder mit Bewilligung des Versicherers, welcher allerdings ein großes Interesse an der Wahl eines in gutem oder geringerm Rufe stehenden, eines erfahrenen oder unerfahrenen ꝛc. Capitäns hat, geschehen sein, oder sich durch die Noth rechtfertigen lassen mußte, wenn sie keinen Einfluß auf die Police haben sollte. Um die mögliche Veränderung schon im Voraus zu ratihabiren, bediente man sich, wie die Statuten von Florenz von 1523 zeigen, schon vor Alters nach dem Namen des Capitäns der Clausel „oder eines Anderen."

Digitized by Google

Indeß unterlag auch diese, wie Benecke, a. a. O., nachweiset, in den verschiedenen Ländern verschiedener Auslegung. Da dieselbe aber bisweilen zu betrügerischen Zwecken gemißbraucht wurde, indem die Versicherten die Namen renommirter, tüchtiger Capitäne mit jenem Zusatze in die Police setzten, um niedrigere Prämien zu erlangen, und dann die Führung des Schiffes einem unfähigen Capitäne übergaben, verordnete die Commerzkammer zu Marseille 1692, daß die gedachte Clausel nur für wirkliche Nothfälle gelte, und die „Sammlung Hamburgischer Gesetze, 7. Thl., S. 480" verlangt, außer dem Nothfalle auch noch die sofortige Anzeige, von der nöthig gewordenen Veränderung. Benecke theilt hierzu S. 197 einen recht interessanten Fall mit, nach welchem die Versicherer eines Schiffes, dessen bewährter Capitän unterwegs gestorben und an dessen Stelle ein anderer eingesetzt worden war, unter dessen Leitung dasselbe von Barbaresken aufgebracht wurde, den Verlust gewähren mußten, weil ein Nothfall vorlag und eine Anzeige nicht rechtzeitig erfolgen konnte. — Damit stimmt im Wesentlichen auch das preuß. Landrecht, a. a. O., § 2121, 2135 und 2138 überein. — Die Conferenz nahm bei diesem Artikel — Prot., S. 3192 — noch an, daß die Frage, ob eine Verletzung der Anzeigepflicht vorliege, wenn der Schiffer bezeichnet, die Anzeige aber unrichtig ist, indem der bezeichnete Schiffer auch bei Eingehung des Vertrages das Schiff nicht geführt hat, durch die Bestimmung im Artikel nicht berührt werden solle, deren Entscheidung vielmehr nach den Umständen jedes einzelnen Falles erfolgen solle. — Im Allgemeinen dürfte, da hier eine recht grobe Täuschung der Police vorliegt, eine Verbindlichkeit des Versicherers kaum anzunehmen sein.

Die in Art. **820** gedachte Veränderung des Schiffes hob, nach Benecke, a. a. O., S. 167 flg., von jeher die Police auf, weil die Identität des versicherten Schiffes ein wesentlicher Punkt der Versicherung ist, falls dieselbe nicht aus Noth oder mit Bewilligung des Versicherers geschehen, selbst dann, wenn das substituirte Schiff eben so gut, ja sogar besser, als das versicherte war, auch wenn beide Schiffe verunglückten. Geschah die Veränderung ohne Zustimmung des Versicherers vor dem Anfange der Gefahr, so war dieser verpflichtet, die Prämie zurückzugeben, $^1/_2$ % aber davon für sich zurückzubehalten. — In Ansehung der Bestimmungen des preuß. Landrechts beziehe ich mich auf das zu vorigem Artikel Allegirte.

Digitized by Google

Zu Art. 821 bemerkt die Conferenz — Prot., S. 3117 —, daß in den Fällen, in welchen es völlig ungewiß ist, und noch von dem Entschlusse des einen oder des anderen Contrahenten abhängt, welche Güter versichert sein sollten, noch gar kein gestellter Versicherungsvertrag, sondern höchstens ein pactum de contrahendo vorhanden sei. Wenn es nicht ausdrücklich ausgemacht worden, daß der Versicherte befugt sein solle, in einem Falle, z. B. wenn derselbe eine Ladung von 5000 Sack Kaffee erwartet, und hiervon 3000 Sack versichern lasse, einseitig zu bestimmen, auf welche von den 5000 Sack die Versicherung sich beziehe, so würde ihm deshalb auch eine solche Befugniß nicht zustehen, sondern die Bezeichnung der 3000 Säcke durch gegenseitigen Consens beider Contrahenten erfolgen müssen. Der Artikel bezieht sich nur auf solche Fälle, in welchen der Vertrag unzweifelhaft perfect, und die Entscheidung, auf welche Güter sich die Versicherung beziehen soll, von dem Willen des Versicherten gar nicht mehr abhängig ist, in denen also in irgend einer Weise, sei es durch Angabe von Marke oder Nummer, sei es durch Angabe der Unternehmung, aus deren Anlaß die Abladung statthaben, oder die Zeit, innerhalb welcher dieselbe erfolgen soll, bestimmt ist, oder nöthigenfalls richterlich entschieden werden kann, auf welche Güter sich die Versicherung beziehen soll. Der Artikel hat demnach Anwendung zu leiden, wenn die Versicherung über individuell hinreichend bestimmte Waaren genommen worden, die Schiffe aber, in denen sie verladen werden sollten, vorerst noch unbekannt geblieben sind; ferner dann, wenn die Güter nur durch Angabe der Unternehmung, der Zeit ihrer Abladung bestimmt worden, individuell aber unbestimmt, und auch die Schiffe noch unbenannt sind, in denen die Abladung der einzelnen Colli ꝛc. erfolgen soll. In Alinea 2 ist, nach der Versicherung der Conferenz — Prot., S. 3198 —, der stärkere Ausdruck „Verpflichtung" gewählt worden, um auszudrücken, daß geringfügige Verzögerungen der Anzeige nicht in Betracht kommen sollen; doch kommt eine verspätete Anzeigeerstattung der gänzlichen Unterlassung gleich.

Zu Art. 822. Nach Prot., S. 3190 der Conferenz erstreckt sich die Ersatzpflicht des Versicherten nur auf den eigenen Schaden, der mit dem betreffenden Versicherungsgeschäft in Zusammenhang steht, der Assecurateur also das Recht nicht hat, einen Anspruch auf

Digitized by Google

Schadenersatz, wegen verzögerter Anzeige eines Unfalls, durch die Behauptung zu begründen, daß er, wenn der Versicherte rechtzeitig Anzeige erstattet haben würde, eine andere Versicherung auf Güter, die mit demselben Schiffe verladen gewesen, nicht gezeichnet haben würde. — Die im Artikel gedachten „Nachrichten" sind, nach der Conferenz — Prot., S. 3200 — nur solche, welche der Versicherte selbst (also unmittelbar) erhält, nicht solche, welche er durch öffentliche Blätter, Börsenanschläge, also auf eine Weise erfährt, daß sie ebenfalls dem Versicherer selbst bekannt geworden sein könnten. — Nach § 2164 des preuß. Landrechts, a. a. O., muß der Versicherte, sobald er sichere Kunde von dem Unglück hat, binnen der im 1. Thl., 5. Tit., § 94 flg., gesetzten Fristen, binnen 24 Stunden, wenn beide Theile an demselben Orte sich aufhalten, außerdem ist nach dem Laufe der Posten oder dem Gange der Boten, bei Verlust seines Rechts, der Versicherer davon benachrichtigen, und sich über die ferner zu treffenden Maßregeln mit demselben berathschlagen, und nach dessen Anordnung verfahren. — Das österr. bürgerliche Gesetzbuch bestimmt, rücksichtlich der Anzeige, § 1290, daß der Versicherte, wenn kein unüberwindliches Hinderniß dazwischen kommt, oder nichts Anderes verabredet worden ist, dem Versicherer, wenn beide sich in dem nämlichen Orte befinden, binnen drei Tagen, sonst aber in derjenigen Zeitfrist davon Nachricht geben, welche zur Bekanntmachung der Annahme eines von jenem Abwesenden gemachten Versprechens bestimmt worden ist, Alles bei Verlust des Anspruchs.

Die in Art. **823** enthaltene Vorschrift ist eine sehr alte und selbstverständliche. Auch das preuß. Landrecht, a. a. O., § 2165 flg., enthält dieselbe; doch kann der Versicherte nach diesem einen verhältnißmäßigen Vorschuß fordern. — Nach der Conferenz — Prot. S. 4426 — soll durch den Artikel der Versicherte verpflichtet werden, so zu handeln, wie ein sorgsamer Kaufmann, und beziehungsweise wie er im eigenen Interesse gehandelt haben würde, wenn er nicht versichert gewesen wäre. Hieraus ergibt sich, daß er z. B. nicht an Ort und Stelle zu gehen braucht, wenn die Reise mit dem zu rettenden Werthe und dem, was der Versicherte persönlich mehr, als ein Vertreter zu leisten im Stande wäre, nicht im Verhältniß steht; ferner daß er nicht stets für das Verfahren seiner Vertreter zu haften hat. Diese letzte Frage bleibt hier vielmehr offen. Um die Fassung des

Digitized by Google

Ausdrucks zu mildern, ist im 2. Abs., statt „nach Möglichkeit zu sorgen," „thunlichst" gesetzt worden. — Den aus der versäumten Rücksprache entstehenden Schaden hat der Versicherte zu tragen. So würde, nach Prot., S. 3202, die Justificirung der Aufnahme von Bodmeriegeldern dem Versicherten gewiß nicht gelingen, wenn der Versicherer mit Grund einzuwenden im Stande wäre, daß er, falls man ihn gehört hätte, die nöthigen Gelder auf eine wohlfeilere Art und Weise angeschafft haben würde. — Weiter nahm die Conferenz — Prot., S. 3204 — an, daß der Assecuradeur, der, wegen bestimmt vorgeschlagener Maßregeln befragt, keine genügende Erklärung darüber gab, ob er damit einverstanden sei oder nicht, die nachher von dem Versicherten getroffene Wahl nur noch wegen einer von ihm nachzuweisenden böslichen Absicht des Versicherten anzufechten berechtigt sei.

Digitized by Google

VI.

Der preußische Gesetzentwurf, betreffend die Pflichten der Handelsmäkler.

Von Herrn Stadtgerichts-Rath R. Koch in Berlin.

Die wachsende volkswirthschaftliche Kenntniß und Neigung unserer Tage hat im Allgemeinen dazu beigetragen, den Kreis freier Einigung und überhaupt freier Bewegung des Verkehrs auf Kosten gebieterischer Gesetze zu erweitern*). Eine nachhaltige Sprödigkeit aber zeigt sich bei dem Institut der Handelsmäkler. Von den mittelalterlichen Sensalen abstammend, deren Zusammenhang mit dem Beweisrecht sie wesentlich als Urkundspersonen erscheinen läßt, sind daraus allmählich gewerbliche Vermittler von Handelsgeschäften geworden**). Daneben ist ihnen indessen ihre Stellung als besonders vertrauungswürdige Zeugen des Abschlusses von Handelsgeschäften verblieben, und gleichzeitig hat der Handelsstand ihre Waarenkenntniß benutzt, um sich ihres Gutachtens über den Zustand und Preis von Waaren bei mancherlei Streitfällen oder auch nur bei Besorgniß von Streitigkeiten behufs glaubwürdiger Feststellung zu bedienen***). In dieser Gestalt erscheinen die Handelsmäkler im Handelsgesetzbuch. Die Bestimmungen desselben zeigen aber die Spuren eines Kampfes, welcher sich in der Gegenwart fortsetzt. Von

*) Vgl. Novemberheft 1866 von „The Law Magazine and Law Review" S. 1 flg.: Two obvious results we think have been brought about by the general tendency which political economy has in our day given to the minds of men. The first has been to deprive as much as possible all matters conneeted with the law of the charakter of non-productive labour; and the second, to extend as far as may be, the sphere of contract at the expense of imperative law.

**) Art. 66 b H.-G.-B.: „Die Handelsmäkler (Sensale) sind amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte."

***) Laband, Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. 20, S. 1 flg.; Endemann, H.-R., S. 769 flg.; R. v. Mohl, die Polizeiwissenschaft, Bd. II (1844), S. 518 flg.

Digitized by Google

der einen Seite suchte man das Institut der Handelsmäkler möglichst rein zu erhalten und den Kreis ihrer Befugnisse und Pflichten so eng zu fixiren, daß eine Vermischung mit dem gleichartigen Gewerbe der Agenten und Commissionäre möglichst verhütet werde. Von der andern dagegen suchte man dem Drängen des Verkehrs Rechnung zu tragen, welcher gerade in den bedeutendsten Handelsplätzen, z. B. in Hamburg*), die alten Grenzen des Mäklerwesens längst überschritten hatte, und wollte sich auf Innehaltung einiger unerläßlichen, den amtlichen Charakter der Mäkler wahrenden Grundbedingungen beschränken. Das Resultat waren eine Anzahl remissiver Bestimmungen. Den Landesgesetzen blieb überlassen, über die Anstellung der Handelsmäkler und über die Bestrafung der von ihnen im Berufe begangenen Pflichtverletzungen das Erforderliche zu bestimmen, auch die Vorschriften des betreffenden Titels nach Maßgabe der örtlichen Bedürfnisse zu ergänzen, insbesondere den Handelsmäklern das ausschließliche Recht zur Vermittlung von Handelsgeschäften beizulegen (Art. 84). In den Landesgesetzen oder in örtlichen Verordnungen kann der in dem betr. Titel des H.-G.-B. den Handelsmäklern zugewiesene Kreis von Amtsverrichtungen und Befugnissen (Art. 67. 70) oder der Umfang ihrer Pflichten (Art. 69) erweitert oder eingeschränkt werden (Art. 84). Auf örtliche Verordnungen oder Ortsgebrauch verweist das H.-G.-B. hinsichtlich des Zeitpunkts, wann die Mäklergebühr verdient ist, des Betrages der Mäklergebühr und der Bestimmung dessen, wer dieselbe zu bezahlen hat (Art. 82. 83); auf den Ortsgebrauch allein hinsichtlich der Verpflichtung zur Aufbewahrung von Proben (Art. 80) und der Befugniß der Schiffsmäkler zur Leistung von Hilfsdiensten (Art. 70). In Folge dieser Bestimmungen sind an den bedeutendsten Handelsplätzen in Preußen Mäkler-Ordnungen (vom Handelsminister) erlassen, und auch die (von den kaufmännischen Corporationen erlassenen, vom Handelsminister bestätigten) Börsen-Ordnungen enthalten einschlagende Vorschriften (namentlich über die Mitwirkung der Mäkler bei Feststellung der Course und über die Disciplin)*). Weder in diesen particulären Normen, noch in dem

*) Vgl. Martin in Busch, Archiv f. H.-R., Bd. VII, S. 14. —

*) Vgl. z. B. die Börsen- und Mäkler-Ordnungen für Berlin und dazu

Digitized by Google

Einführungsgesetz vom 24. Juni 1861*) hat man sich bewogen gefunden — wiewohl die preußische Regierung bei den Vorberathungen in Nürnberg jene freiere Richtung vertreten hatte — den Umfang der im Art. 69 d. H.-G.-B. umschriebenen Pflichten der Handelsmäkler erheblich einzuschränken oder zu erweitern**). Das Einf.-Gesetz beschränkt sich auf Bestimmungen über die Anstellung und Beeidigung der Mäkler (Art. 9, § 1. 4), über Beglaubigung und Aufbewahrung ihrer Tagebücher (das. § 4)†), auf Beseitigung ihres ausschließlichen Rechts zur Vermittelung von Handelsgeschäften und ihrer Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstcaution (das. § 1. 2; Art. 70), auf Bestimmung von Strafen wegen Pflichtverletzung (das. Art. 9, § 5) und hat nur die Befugnisse gewisser Handelsmäkler auf die Abhaltung öffentlicher Versteigerungen erweitert (das. § 3)††). Es bewendet also nach bestehendem Recht namentlich bei den im H.-G.-B. enthaltenen Verboten, Handelsgeschäfte für eigene Rechnung (weder unmittelbar, noch mittelbar, auch nicht als Commissionär) zu machen, oder für Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte eine Haupt- oder Neben-Verbindlichkeit zu übernehmen (Art. 69, Nr. 1) und zu irgend einem Geschäft die Einwilligung der Parteien oder deren Bevollmächtigten anders, als durch ausdrückliche und persönliche Erklärung (etwa von Abwesenden oder einem Unterhändler) anzunehmen (das. Nr. 6). Gegen diese Beschränkungen hatte sich bereits bei den Nürnberger Conferenzen eine lebhafte Opposition erhoben. Das Verbot der Bürgschaftsleistung widersprach dem Gebrauch z. B. in

meinen Aufsatz in Löhr's Centralorgan, N. F., Bd. 3, S. 33 flg., für Danzig (Goldschmidt u. Laband, Zeitschrift f. H.-R., Bd. 10, S. 113. 117), für Königsberg (Busch, Archiv, Bd. X, S. 143), Memel (das. S. 150 flg.), Frankfurt a. M. (das. S. 158 flg.); — letztere scheint nur vom Börsenvorstand erlassen zu sein. —

*) G.-S., S. 449. Besonderes Makler-Gesetz für Frankfurt a. M. vom 9. Decbr. 1864 — Centralorgan, N. F., Bd. 1, S. 508. — Auch großh. hessische Verordn. v. 22. Septbr. 1864 (das. S. 356).

**) Die beständige Anwesenheit bei den Börsenversammlungen (§ 6 der Berliner Mäklerordng.) findet sich in den übrigen Mäklerordnungen nicht.

†) Dazu Instruction des Justiz-Ministers vom 12. December 1861, Th. III — Just.-Min.-Bl., S. 365. —

††) Der Verkauf durch einen Mäkler ersetzt häufig bei marktgängigen Waaren die öffentliche Versteigerung — Art. 311. 343. 348. 354. 357. 365. 366. 387 des H.-G.-B.s — Vgl. meinen Aufsatz in Busch, Archiv, Bd. IV, S. 264.

Digitized by Google

Hamburg. Man fand, daß dasselbe das Zustandekommen von Geschäften erschwere und die Existenz der Mäkler gefährde. Indessen hielt man wegen der erforderlichen Unparteilichkeit der Mäkler und im Interesse der Reinhaltung des Instituts die Aufrechthaltung des Verbots für unerläßlich*). Gegen Ziffer 6 wurde eingewendet, es sei undurchführbar, daß der Mäkler nur auf persönliche Erklärung der Contrahenten hin die Zustimmung derselben zum Vertrage annehmen dürfe; dadurch werde verhindert, daß z. B. ein am Platze wohnender Kaufmann, der sich auf kurze Zeit entfernt habe, einem Mäkler brieflich Aufträge gebe, oder daß er dieß schriftlich nur von seinem Landsitze aus thue**). Von anderer Seite wurde das Verbot von Unterhändlern beanstandet, da an manchen Orten die Mäkler nicht unbedingt auf Platzgeschäfte beschränkt seien, z. B. die Schiffsmäkler in Bremen, deren Aufgabe es nicht selten sei, von anderen Orten die nöthigen Schiffe zu besorgen. Die Mehrheit der Versammlung theilte aber die Ansicht des Entwurfs, weil sich eine passende Grenze nicht bestimmen lasse, und der Mäkler sonst verleitet würde, Commissionär zu werden. Man hielt die Hülfe durch Bevollmächtigte für ausreichend und hat die Zulassung des Verkehrs mit solchen noch besonders im Gesetze zum Ausdruck gebracht. Daß Aufträge zu einleitenden Verrichtungen schriftlich ertheilt werden durften, fand keinen Widerspruch***). So ist denn nicht einmal die noch bei der zweiten Lesung im Jahre 1861 von der damaligen hannöverischen Regierung beantragte Ausnahme von dem Verbot für Schiffsmäkler zu Stande gekommen, und es ist für diese überhaupt nur eine remissive Bestimmung aufgenommen, wonach ihnen gestattet werden kann, den Schiffern im Einziehen und Vorschießen der Frachten und Unkosten als Abrechner oder in anderer ortsüblicher Weise Hülfsdienste zu leisten (Art. 70). Es war vorauszusehen, daß der Kampf sich wenigstens auf particulärem Gebiet fortsetzen würde. Die hannöverische Regierung (im Interesse von Bremen) hat bereits durch ihr Einf.-Ges. vom 5. October 1864†), § 14 die

*) Prot., S. 119 flg., 968.

**) Anderer Meinung ist v. Hahn, Comm., Bd. I, S. 177. Vgl. jedoch Endemann, H.-R., S. 775, Note 40.

***) Prot., S. 121 flg.

†) Centralorgan, N. F., Bd. 1, S. 347 flg.

Digitized by Google

Beschränkung des Art. 69, Nr. 6 d. H.-G.-B. außer Kraft gesetzt. In Frankfurt a. M.*) ist das Verbot des Art. 69, Nr. 1 für Geschäfte in Börseneffecten und Landesproducten ausgeschlossen. In Hamburg hat das Einf.-Ges. v. 22. December 1865**) § 12 den Mäklern gestattet, bei öffentlichen Verkäufen von Grundstücken und Schiffen ohne Angabe ihres Auftraggebers in eigenem Namen den Kaufbrief zu unterzeichnen; sich auch zu gemeinschaftlichem Betrieb für Mäklergeschäfte zu vereinigen. Die Verpflichtungen noch weiter auf das dortige bisherige Maß zu reduciren, erschien bedenklich, weil das H.-G.-B. den Mäklern und deren Schlußnoten einen besondern amtlichen Charakter beigelegt habe. Abhülfe der Uebelstände versprach man sich von einer bevorstehenden Revision der Mäklerordnung und der Beseitigung des Monopols der vereideten Mäkler***). Indessen soll die eingetretene Aenderung das sofortige Ausscheiden des größten Theils der beeidigten Mäkler zur Folge gehabt haben (von 750 sollen nach dem 1. Mai 1866 nur 167 im Amte geblieben sein)†). In Preußen hat das bestehende Recht zunächst eine Bewegung seitens des Handelsstandes einer Anzahl der größten Handelsplätze hervorgerufen. Die Vorstände der kaufmännischen Corporationen zu Stettin, Danzig und Memel verlangten Befreiung der Schiffsmäkler von dem Verbot, Aufträge von Abwesenden im Correspondenzwege entgegenzunehmen; das Vorsteheramt der Kaufmannschaft zu Königsberg befürwortete diese Befreiung für alle Handelsmäkler; die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft wünschten wenigstens, daß den Handelsmäklern gestattet werde, Aufträge und Erklärungen von Behörden, die in Berlin ihren Sitz haben oder von daselbst anwesenden Personen nicht blos mündlich, sondern auch schriftlich entgegenzunehmen††). Offenbar hierdurch angeregt, hat die Staatsregierung in der letzten Sitzung des Landtags beim Abgeordneten-Hause folgenden Gesetzentwurf eingebracht†††): „Gesetz, betreffend die Pflichten der Handelsmäkler."

---

*) § 7 des allg. Ges. v. 9. December 1864.

**) Centralorg., N. F., Bd. 2, S. 473 flg.

***) Martin, a. a. O.

†) Mot. des vorl. Entwurfs, S. 7.

††) Das. S. 5.

†††) Druckf. d. Abg.-H., 9. Legisl.-Per., I. Sess., 1866, Nr. 78.

Digitized by Google

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen ꝛc.,

verordnen mit Zustimmung beider Häuser des Landtages Unserer Monarchie für diejenigen Landestheile, in welchen das Einführungs-Gesetz zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861 (Gesetz-Sammlung, S. 449) Geltung hat, was folgt:

Die Vorschrift, durch welche den Handelsmäklern untersagt ist, zu den unter ihrer Vermittelung zu Stande kommenden Geschäften die Einwilligung der Parteien oder deren Bevollmächtigten anders anzunehmen, als durch persönliche Erklärung, und von Abwesenden Aufträge zu übernehmen (Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 69, Ziffer 6) wird aufgehoben.

Ist eine durch schriftliche Erklärung abgegebene Einwilligung angenommen, oder ein schriftlicher Auftrag übernommen worden, so hat der Handelsmäkler das betreffende Schriftstück aufzubewahren und im Falle der Vorlegung seines Tagebuchs mit diesem vorzulegen.

Beglaubigt:

Der Minister für Handel-, Gewerbe- und öffentliche Arbeiten. Itzenplitz.

Der Justiz-Minister. Graf zur Lippe.

Die Motive berufen sich auf die in neuerer Zeit erreichte Vervollkommnung der Correspondenzmittel und -Wege, insbesondere die jetzige Leichtigkeit des telegraphischen Verkehrs, welche die Benutzung dieser Verständigungsmittel auch für die Geschäftsthätigkeit des Mäklers im Interesse des Handel und Schifffahrt treibenden Publicums als im hohen Grade erwünscht erscheinen lasse. Vor allem sei dieß für die Schiffsmäkler unentbehrlich. „Während nämlich früher" — heißt es wörtlich — „die Kaufleute in den Ostseeplätzen der Regel nach sich darauf beschränken mußten, die zum Export ihrer Producte nöthigen Schiffsräume erst dann sich zu beschaffen, wenn die Schiffe selbst frachtsuchend im Hafen ankamen, wird jetzt ein großer Theil der für den Export nothwendigen Schiffe im Wege namentlich der telegraphischen Correspondenz erlangt. Die preußischen Ostseehäfen würden zum Theil an einem empfindlichen Schiffs-

Digitized by Google

mangel leiden und der dortige Handelsstand würde genöthigt sein, höhere Fracht zu zahlen, wenn die Betheiligten nicht dazu übergegangen wären, auf telegraphischem oder brieflichem Wege mit den in fremdem Häfen weilenden Schiffern oder mit auswärtigen Rhedern über Schiffsräume in Unterhandlung zu treten und Frachtabschlüsse zu bewirken. Nicht minder ziehen es die in den Hafenplätzen des In- und Auslandes befindlichen Schiffsführer gegenwärtig vor, sich, noch ehe sie in einem andern Hafen anlangen, durch Correspondenz die Rückfahrt zu sichern.

Es muß daher entweder den Schiffsmäklern gestattet werden, schriftliche, namentlich telegraphische Aufträge, von Abwesenden und an solche anzunehmen und auf gleichem Wege zu erledigen, oder es muß auf die im öffentlichen Interesse begründete Aufrechthaltung des Institus der Schiffsmäkler verzichtet werden, da die Fortdauer der bestehenden Beschränkung das Vermittelungs-Geschäft in die Hände von Commissionären bringen würde, welche seit Aufhebung des Exclusivrechts der Mäkler zur Ausübung dergleichen Geschäftsthätigkeit berechtigt, an die den Mäklern auferlegten Beschränkungen aber nicht gebunden sind."

Auch für die übrigen Handelsmäkler aber kämen ähnliche Rücksichten in Betracht, namentlich die weiten Entfernungen innerhalb großer Städte, sowie der schriftliche Geschäftsgang bei Auftrag ertheilenden Behörden. Bedenken gegen die Gestattung des schriftlichen Verkehrs seien aus den sonstigen Amtspflichten der Handelsmäkler nicht abzuleiten. Die Unparteilichkeit derselben leide dadurch nicht. Die Beweiskraft der Tagebücher und Schlußnoten aber sei nach den Umständen zu würdigen (Art. 73. 77 d. H.-G.-B.); die vorgeschlagene Aenderung habe dafür keine andere Bedeutung, als der ausdrücklich zugelassene Verkehr mit Bevollmächtigten. Für eintretende Streitigkeiten sei die vorgeschlagene Verpflichtung der Mäkler zur Aufbewahrung und Vorlegung der betreffenden Urkunden bestimmt, die Aufklärung zu erleichtern. —

Soweit die etwas aphoristisch gehaltenen Motive *). Der Entwurf veranlaßte sofort eine Gegenbewegung, und zwar aus der

*) Der im Abg.-Hause gefallene Vorwurf außerordentlicher Oberflächlichkeit (Abg. Lasker) geht zu weit.

Digitized by Google

Mitte des Handelsstandes. Die Breslauer Handelskammer protestirte in einer Petition gegen die Aufhebung des Verbots, Aufträge von Auswärtigen anzunehmen, für andere, als Schiffsmäkler. Sie fand, daß die Gefahr des Mißbrauchs sehr nahe liege. Sollten die Handelsmäkler die Feststellung der Course mit der nothwendigen Gewissenhaftigkeit bewirken, sollten ihre Tagebücher die erhöhte Glaubwürdigkeit', die das Gesetz ihnen beilege, verdienen, so müßten sie sich jedes eigenen Geschäftsbetriebes, sei es im Eigenhandel, sei es als Commissionär enthalten. Diese Beschränkung lasse sich aber bei Beseitigung jenes Verbots nicht aufrecht erhalten*). Die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft ferner überreichten befürwortend den Protest von 33 Berliner Commissionshandlungen, welche die Beeinträchtigung ihres Geschäftsbetriebes von der Annahme des Gesetzentwurfs befürchteten, und hielten, abgesehen von Schiffsmäklern, nur die von ihnen früher vorgeschlagene Beschränkung und eine theilweise Aufhebung der Beschränkung des Art. 69, Nr. 1. H.-G.-B., einer angeblich bereits bestehenden Usance entsprechend, für erforderlich**). Weder diese Bedenken jedoch, noch die anderweit bei der Berathung in den vereinigten Commissionen für Handel und Gewerbe und für das Justizwesen (von 2 Mitgliedern) für eine Beschränkung des Gesetzentwurfs auf Schiffsmäkler geltend gemachten Gründe vermochten die Annahme des letzteren ohne jede Aenderung in den Commissionen zu hindern. Die Mehrheit der Commissionen ging nach dem Bericht davon aus, daß ein Bedürfniß für die vorliegende Verkehrs-Beschränkung, -Erschwerung und -Vertheuerung nicht bestehe, und dieselbe bereits gegenwärtig fortwährend wissentlich und unwissentlich übertreten werde. Eine Collision mit den übrigen Amtspflichten der Mäkler sei nicht zu befürchten, wenn das Verbot des eigenen Obligo bestehen bleibe. Von einer Seite hielt man das beamtete Mäklerthum überhaupt für ein nicht mehr lebensfähiges Institut und wollte sich nur vorläufig mit der in Rede stehenden Aufhebung begnügen, welche das eigentliche Gebiet des Mäklergeschäfts, die Vermittlung, erweitere. Nur seitens jener 2 Mitglieder hielt man es für einen Widerspruch, wenn das Gesetz das

*) Vgl. den Comm.-Ber., Druck., Nr. 112, S. 3. 10.
**) Das. S. 3. 8 flg.

Digitized by Google

Selbstobligo verbiete und auf der andern Seite die Mäkler durch Gestattung der schriftlichen Aufträge von auswärts direct verleite, Commissionsgeschäfte zu machen oder ihr Giro als Garantie zu geben. Das Institut sei nur bei Aufrechthaltung auch des letzteren Verbots rein zu erhalten. Die Ertheilung der Schlußzettel dürfe nicht verschoben werden. Diese Bedenken wurden indessen, wie erwähnt, nicht stichhaltig befunden. — Die Ansicht, daß das Mäkler-Institut überflüssig sei, hatte kurz vor Ausgabe des Berichts auch in der Berliner volkswirthschaftlichen Gesellschaft allseitige Zustimmung erfahren. Die Aufhebung der Beschränkund des Art. 69, Nr. 6 wurde dort nur als Abschlagszahlung acceptirt, welche ein Loch in das schon morsche Gebäude stoße und dasselbe auf die Dauer noch unhaltbarer mache. Nur eine Stimme erhob sich gegen den Entwurf, weil davon gerade die längere Conservirung des Mäkler-Instituts zu besorgen sei *). Indessen hat das Plenum des Abg.-Hauses nach lebhafter, in den Sitzungen vom 7. und 9. Januar 1867 gepflogener Debatte nicht nur das Amendement (Twesten), die betreffende Erweiterung nur für die Schiffsmäkler auszusprechen, sondern den ganzen Gesetzentwurf verworfen**). Man wird bereits bemerkt haben, daß in den vorausgegangenen Petitionen und Commissionsberathungen im Ganzen dieselben Gesichtspunkte wiederkehren, welche bereits bei der Vorbereitung des Handelsgesetzbuchs hervortraten. Auch die Plenar-Debatten bringen nichts wesentlich Neues. Eine starke Opposition gegen die beabsichtigte Neuerung zeigte sich namentlich von juristischer Seite (Gneist, Twesten, Lesse, Lasker). Man fand in dem Entwurfe eine Concession an eine lässige Handelsmoral, „reichliche Nachgiebigkeit gegen den Götzen des Tages" (Gneist) und befürchtete eine mit ihrer Qualität als „Urkundspersonen" unvereinbare Verwandlung der Handelsmäkler in Commissionäre. Auf Seiten der Reform stand indessen neben den Wortführern der volkswirthschaftlichen Partei, wenn diese Bezeichnung erlaubt ist (z. B. Michaelis), mancher namhafte Jurist (z. B. Elven). Diese Partei nahm keinen Anstand, die allmähliche

*) Sitzung vom 24. November 1866, — vgl. das Referat in der Haude und Spenerschen Zeitung, Nr. 284, v. 6. December 1866.

**) Vgl. die Berichte in der alleg. Zeitg., Nr. 6 v. 8. u. Nr. 8 v. 10. Januar 1867.

Digitized by Google

Abschaffung des von ihr als veraltet bezeichneten Mäkler-Instituts für ein erstrebenswerthes Ziel zu erklären, und erblickte keinenfalls in den für den Geschäftsbetrieb der Mäkler bestehenden Beschränkungen die von dem Publicum zu beanspruchende Garantie. So ist denn die beabsichtigte Reform, mit der die Staatsregierung den Interessen der Verkehrs entgegenkommen zu müssen glaubt, vor der Hand verschoben. Die juristische Consequenz, ein gewisses Formal-Princip, hat einstweilen über jene Interessen gesiegt, aber u. E. auch nur einstweilen. Der sicherste Weg, das Institut der Handelsmäkler aufzureiben, ist dessen Eingrenzung in juristische Kategorieen. Die Concurrenz der unvereideten Mäkler, die diesen Schranken nicht unterworfen sind, ist den amtlichen Mäklern bereits gefährlich geworden; sie wird das Institut ganz aus den Fugen treiben, wenn die Gesetzgebung nicht an den Stellen, auf welche die Richtung des Verkehrs deutlich weist, zu lockern bemüht ist. Die ganze Entwickelung des Mäklerwesens zeigt hierzu den Weg. Schon jetzt ist der beamtete Mäkler eine kaufmännische Hülfsperson, deren mannichfaltiger Geschäftsbetrieb sich nicht unter eine einzige juristische Formel bringen läßt. Trotz der siegreichen Bemühungen der einer möglichst strengen Abgrenzung des Mäklerwesens geneigten Partei bei der Vorberathung des Handelsgesetzbuchs haben dessen Remissivbestimmungen der Particular- und Localgesetzgebung gerade hier weiten Spielraum gelassen. Ebendeßhalb ist der im Abg.-Hause gefallene Vorwurf, daß der Entwurf ein Loch in das H.-G.-B. schlage (Gneist), u. E. unberechtigt. Allerdings läßt sich nicht leugnen, daß über den zulässigen Beschränkungen und Erweiterungen die Legal-Definition stehen bleibt. Allein wenn schon heutzutage mancherlei Geschäfte, welche mit der Vermittelung von Handelsgeschäften nichts zu thun haben (z. B. die Abhaltung von Auctionen, Verkäufe aus freier Hand, bei denen der Mäkler als Stellvertreter des Verkäufers auftritt), mit jener Definition vereinbar sind, so wird auch durch die Zulassung schriftlicher Aufträge das Institut nicht zu einer „rechtlichen Unmöglichkeit." Die Hülfsdienste, welche das H.-G.-B. selbst den Schiffsmäklern gestattet (Art. 70), und welche die Local-Mäkler-Ordnungen noch näher bestimmen und erweitern, führen nothwendig zu einem Handeln auf eigene Verantwortung in gewissem Grade. Es ist in Seestädten ein öffentliches Geheimniß, daß die Schiffsmäkler mittelst

Digitized by Google

ausgedehnter Correspondenz dem Platze die nöthigen Schiffe zuführen und den Rhedern so die Combinirung einträglicher Frachten erleichtern *). Aber auch in den Binnenplätzen hat der Theil der bestehenden Beschränkungen, welcher hier interessirt, längst kein Leben mehr. Wenn die Berliner Aeltesten sogar eine dem Verbot des Eigenobligo entgegenstehende Usance bescheinigen, so können wir aus unserer hiesigen Praxis bezeugen, daß Processe aus den von vereideten Mäklern für eigene Rechnung gemachten Geschäften durchaus nicht selten sind, daß manche Mäkler für solche Geschäfte sogar besondere gedruckte Formulare führen **). Aber will man auch das Verbot der Ziffer 1 des Art. 69 noch aufrecht erhalten, eine schriftliche Correspondenz mit dem Publicum läßt sich den Mäklern nicht mit Grund versagen. Hält sich der Mäkler bei der Vermittelung in den Grenzen des vorzuzeigenden schriftlichen Auftrags, so wird er noch nicht zum Commissionär oder Stellvertreter; er fungirt gewissermaßen nur als Bote, indem er die ad incertam personam gerichtete Proposition einer zur Acceptation bereiten Person mittheilt. Führt das Geschäft zum Streit, so wird der Richter die Glaubwürdigkeit der Schlußnote und des Tagebuchs mit Rücksicht auf jenen eigenthümlichen Vorgang bei Perfection des Geschäfts auch besonders würdigen. Vielleicht wäre den Mäklern in dieser Beziehung noch eine besondere Bemerkung im Tagebuch, wenn das Geschäft auf einer Seite nur schriftlich geschlossen ist, neben der Aufbewahrung des Schriftstücks zur Pflicht zu machen. Für die unverzügliche Zustellung der Schlußnote dürfte Art. 73 genügen. Durch Gestattung eines derartigen Geschäftsbetriebs wird der abwesenden Partei die Annahme eines Commissionärs erspart, und die Stellung des Mäklers als Zeuge dennoch nicht wesentlich beeinträchtigt. Die amtliche Stellung, das damit verbundene besondere Vertrauen, die mangelnde Befugniß, als Selbstcontrahent in das Geschäft einzutreten, werden immerhin dem betheiligten Publicum als werthvoll genug erscheinen, um den Mäkler

*) Vgl. § 6 der Königsberger Mäkler-Ordng. und die Memeler Mäkler-Ordng., wonach die Mäkler für die Frachten und Unkosten gegen Provision Bürgschaft übernehmen dürfen — zwar nur „als solche" (d. h. als Schiffsabrechner oder Schiffsklarirer); der Name thut aber nichts zur Sache.

**) Vgl. auch Endemann, H.-R., S. 771, Note 34. Die Ausdrücke des Gesetzes sind übrigens bereits sehr unbestimmt gehalten — s. v. Hahn, a. a. O., S. 175.

Digitized by Google

dem Commissionär in manchen geeigneten Fällen vorzuziehen. Ob den Commissionären dadurch eine gefährliche Concurrenz bereitet wird, ist nicht Sorge der Gesetzgebung. Wenn endlich unter der Neuerung das Vertrauen auf das Zeugniß der Mäkler bei Feststellung der Course leiden sollte, so hängt diese Mitwirkung doch nicht so innig mit dem Institut zusammen, daß dieselbe ein Hinderniß sein könnte, wenn es sich darum handelt, anderweiten Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung zu tragen. Die amtlichen Courszettel sind überhaupt nicht die einzige Erkenntnißquelle; in Berlin hat man bereits vor 10 Jahren andere Wege gefunden. Andererseits macht auch gerade erst die Aufhebung des in Rede stehenden Verbots den Mäklern alle Zweige des Verkehrs erkennbar und führt so zu einer richtigeren Coursfeststellung. Der Hauptgrund für die Aufhebung bleibt indessen immer, daß der Verkehr das Verbot bereits überwunden hat, und daß dergleichen Verkehrserschwerungen im Principe nicht zu rechtfertigen sind, weil sie gegen die Gewerbefreiheit verstoßen. Daß Juristen in dergleichen Dingen sich der wirthschaftlichen Entwickelung widersetzen, geschieht nicht das erste Mal. Aber auch hier wird die Erfahrung bald genug lehren, daß die Natur der Dinge stärker ist, als die juristische Consequenz. So wenig diese von dem Juristen außer Betracht gelassen werden kann, der Gesetzgebungs-Politiker hat auch mit andern Factoren zu rechnen. —

Nachtrag.

Daß die Angelegenheit nicht ruhen würde, setzten wir beim Schluß unseres Aufsatzes bereits voraus. Neuere Publicationen in der Tagespresse zeigen indessen, daß die Staatsregierung und der Handelsstand gleichmäßig auf baldige Lösung der angeregten Fragen dringen. Nach dem Bericht über die Sitzung der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft vom 12. Mai 1867 ist ein Circularschreiben des Handelsministers vom 30. April 1867 eingegangen, das sich auf mehrere Gesuche von Handelsvorständen bezieht, welche eine Abänderung der im Art. 69 des a. d. H.-G.-B.s über die Pflichten der Handelsmäkler getroffenen Bestimmungen beantragt haben. Ferner wird darin der Verhandlungen des Abgeord.-Hauses über den oben besprochenen Ges.-Entwurf gedacht, bei denen mehrfach die Ansicht ausgesprochen

Digitized by Google

worden sei: „das Institut der vereideten Mäkler habe sich überlebt, dasselbe sei nach der jetzigen Gestaltung des Handelsverkehrs weder nöthig, noch nützlich; für die den vereideten Mäklern bezüglich der Cours-Feststellungen bis jetzt überwiesenen Functionen lasse sich auf anderem Wege Ersatz schaffen, es sei daher nicht — wie der Gesetz-Entwurf bezwecke — die Erweiterung des Geschäftskreises der vereideten Mäkler, sondern vielmehr die gänzliche Beseitignng dieses veralteten Instituts wünschenswerth." Das Circularschreiben sagt dann: vor der Beschlußnahme über die im Sinne dieser Anträge etwa zu treffenden Maßregeln wünsche der Minister die Ansichten der Handelsvorstände über die damit angeregte, im Handels-Interesse wichtige Frage zu vernehmen. Er sehe daher der baldigen Aeußerung der Herren Aeltesten darüber entgegen, ob auch ihrerseits die Aufhebung des Instituts der vereideten Mäkler resp. die gänzliche Freigebung des Mäkler-Gewerbes im öffentlichen Interesse für wünschenswerth und für unbedenklich erachtet werde. Bejahenden Falls würden zugleich Vorschläge darüber, in welcher Art die jetzt den vereideten Mäklern zugewiesene Mitwirkung bei den Cours-feststellungen am geeignetsten zu ersetzen wäre, erwünscht sein. Dabei möchten sich die Herren Aeltesten auch darüber äußern, auf welche Weise zur Zeit die Feststellung der Course für die in dem amtlichen Courszettel nicht aufgenommenen Papiere an der hiesigen Börse erfolgt. Auf die Gestaltung des Selbstübernehmens an die hiesigen Mäkler sei nicht zurückzukommen. — Die Angelegenheit wurde zur Vorberathung einer Commission überwiesen.

In interessirenden Kreisen hat man stark darauf hingearbeitet, die Aeltesten zu bestimmen, ihr Votum dahin abzugeben, daß der „Terrorismus des Mäkler-Monopols" sich überlebt habe und „den Anforderungen der Neuzeit sowohl, als den Principien des Freihandels" gänzlich widerspreche*). Ein Bericht über diese Bestrebungen fährt fort: „Bremen, diese intelligente Handelsstadt, ist bereits damit vorangegangen und auch Hamburg ist dabei, das „Monopol" über Bord zu werfen. Die Thatsache, daß der intelligentere Theil der vereideten Makler hier wie in Stettin die Zwangsjacke des Monopols freiwillig

*) Dem Vernehmen nach jedoch ohne Erfolg, während sich die Danziger, Königsberger und Stettiner Kaufmannschaft für die Aufhebung des Instituts der vereideten Mäkler ausgesprochen haben soll.

Digitized by Google

gegen die Toga des „freien" Mäklers umtauschte, ist ein beredtes Zeugniß für die Hinfälligkeit und den Unwerth des Mäklermonopols*). Das Gesetz schien für den „vereideten" Mäkler nur gemacht zu sein, um umgangen zu werden. Der Mäkler-Ordnung liegen bekanntlich die §§ 66—84 des Handels-Gesetzes zu Grunde. § 69, Nr. 4 sagt ausdrücklich: „sie müssen die Mäkler-Verrichtungen persönlich betreiben und dürfen sich zur Abschließung eines Geschäfts keines Gehülfen bedienen." Die „Erläuterungen" hierzu in Nr. 4 wiederholen:**) die Mäkler-Functionen müssen persönlich wahrgenommen werden, nur mechanische Verrichtungen, wie Comptoirarbeiten, können durch Gehülfen ausgeführt werden." Ferner ist nach der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1846 und dem darauf basirten § 10 der Mäkler-Ordnung die Stellvertretung eine so überaus delicate und schwierige, daß sie überhaupt über die Dauer eines Jahres niemals ausgedehnt, von den Aeltesten in Bezug auf Moral und Befähigung erst attestirt und dann noch der Regierung zur Sanction vorgelegt werden muß. Diese Gesetzesstellen verlangen nun ein gewisses Decorum für das Monopol; nun lassen wir die Thatsachen nachfolgend reden, wie das Gesetz hier an der Börse befolgt wird. Einer unserer ersten vereideten Producten-Mäkler glaubt, in bona fide zu handeln und überträgt seinem minorennen Sohne die Vermittelung von Termin-Geschäften in Weizen, während er in Roggen verkehrt; die Abschlüsse, die der Sohn macht, werden anderen Tages von den Contrahenten mittelst Schlußzettels des Vaters ausgetragen. Wo ist nun die Garantie für die Tragweite dieser Uebertragung auf Andere, wenn dieser Fall von dem vereideten Mäkler heute auf seinen Sohn, morgen auf drei seiner Neffen, Sippen und darüber ausgedehnt wird. Und wenn in Streitsachen vom Gericht auf den Eid des vereideten Mak-

*) Von einem „Monopol" der vereideten Mäkler kann man in Preußen nur sehr uneigentlich reden, da die Vermittelung von Handelsgeschäften gegen Entgelt freigegeben ist, und auf diese nicht amtlichen Vermittler, abgesehen von den Amts-Rechten und -Pflichten, namentlich den Vorschriften vom Urkundenbeweise, die auf die vereideten Handelsmäkler bezüglichen Vorschriften analog anzuwenden sind. Vgl. Endemann, H.-R., S. 779. v. Hahn, a. a. O., S. 199 flg. und meine Abh. über den Mäklervertrag — Deutsche Ger.-Zeitung, Neue Folge, Bd. II (1867), S. 223 flg. —

**) Vgl. Motive, S. 39; Prot., S. 120; v. Hahn, S. 176; Makower, Comm., S. 59, Note 8.

Digitized by Google

lers provocirt wird, kann dieser, der selbst nicht gehandelt resp. vermittelt, dieß vor Gericht erhärten? Dieser Fall ist genügend, das Hinfällige des Monopols zu constatiren, es wird durch Aufrechterhaltung desselben nur der Corruption Vorschub geleistet, und wenn wir recht zwischen den Zeilen des Circularschreibens lesen, so scheint das Handels-Ministerium ebenfalls die Freigebung des Mäklerwesens gern zu haben." Soweit der Zeitungsbericht.

Der Gesetzentwurf scheint demnach nur der Anstoß zu einer viel weiter gehenden Bewegung gewesen zu sein. Die historischen Gründe einer amtlichen Stellung der Mäkler sind u. E. allerdings verschwunden oder im Verschwinden begriffen. In Breslau haben sich, nach den Berichten des dortigen Handelsblattes, viele Stimmen im Sinne jener radicalen Meinung erklärt. Ein Aufsatz dieser Zeitschrift spricht sich darüber, wie folgt, aus:

„Um das Institut der vereideten Mäkler als solches dem Wesen nach zu beseitigen, sind im Grund nur noch zwei Schritte erforderlich, nämlich: 1. den vereideten Mäklern die Befugniß beizulegen, zu „übernehmen," und 2. den nicht vereideten Mäklern eine Mitwirkung bei Notirung der Course einzuräumen. Daß unter der letzten Maßregel die Richtigkeit der amtlichen Notirungen erheblich leiden würde, wird kaum aufrecht erhalten werden können."

Jenes „Uebernehmen" ist nun zwar nichts, als der ältere auf eine angebliche Usance gestützte, jedoch vom Handelsminister abgelehnte Vorschlag der Berliner Kaufmannschaft. Indessen wird diese Ansicht als Symptom einer im Schoße des Handelsstandes bereits beinahe vollendeten communis opinio über die Unhaltbarkeit des gegenwärtigen Zustandes immerhin fortgesetzte Beachtung verdienen. Unseres Erachtens wird künftig nicht der preußische Landtag, sondern die Legislatur des norddeutschen Bundes das entscheidende Wort sprechen. —

Berlin im Sommer 1867.

Digitized by Google

Literärische Umschau.

Vergl. Bd. I, 108. 590; II, 228; III, 352; V, 512; VII, 126; IX, 37; X, 171. XI, 196.

Von dem im vorigen Bande, S. 196 unter Nr. 34 angezeigten Commentare des Herrn Professor Dr. Anschütz und des Freiherrn Dr. von Völderndorff ist nun der erste Band in 4 Heften vollständig erschienen; er füllt 510 Seiten (groß-8) und ist, wie schon die Vorrede sagt, von dem Freiherrn Dr. von Völderndorff bearbeitet. Der Herr Verf. hat sich streng an den Plan gehalten, den die Vorrede mittheilt, und sonach ist das Werk von vorzugsweise praktischer Tendenz, indem es die im Texte aufgestellten theoretischen Sätze durch Belege aus der Praxis bestätigt und feststellt. Besonders muß die Genauigkeit und Ausführlichkeit, deren sich der Herr Verf. bei jeder wichtigern Frage beflei-ßiget hat, gerühmt werden, und man kann wohl sagen, daß dasselbe den Theoretiker sowol als den Praktiker nicht leicht im Stiche lassen wird, während alles Ueberflüssige, nicht zur Sache Gehörige tactvoll vermieden ist. Dadurch, daß es sich an den Text des Handelsgesetzbuchs genau anschließt, gewinnt es an Werth für den praktischen Gebrauch, indem es das Aufsuchen von Streitfragen sehr erleichtert. Es läßt sich, da es seinen eigenen bisher noch nicht betretenen Weg geht, mit keinem der bisher erschienenen ausführlicheren Werke vergleichen und seine Unentbehrlichkeit für jeden, der sich mit dem Handelsrechte beschäftigt, wird bald allseitig anerkannt werden, daher es einer weiteren Empfehlung nicht bedarf. Der Herausgeber.

35. **Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch**, mit Ausschluß des fünften Buches vom Seehandel unter Berücksichtigung der von den deutschen Gerichtshöfen ausgesprochenen Präjudizien sowie der neueren handelsrechtlichen Literatur, dargestellt von A. Wengler, k. sächs. Gerichtsrath. Verlag von Bernh. Tauchnitz. Leipzig, 1867.

Der Herr Verf. spricht sich in dem Vorworte über den Zweck des Werkes dahin aus: „Seit dem Erscheinen des a. d. H.-G.-Buches in den einzelnen deutschen Staaten ist bereits eine Anzahl darauf bezüglicher

Digitized by Google

Rechtssprüche und Präjudizien in den verschiedenen, dem Handelsrechte gewidmeten Zeitschriften zur Veröffentlichung gelangt, und jene Sammlung gewinnt mit jedem Tage an Umfang."

„Die Benutzung des solchergestalt dargebotenen reichhaltigen Materials wird dadurch, daß dasselbe sich in den einzelnen Zeitschriften zerstreut und öfters ohne systematische Ordnung zusammengestellt findet, zumal auch in den meisten der bisher erschienenen Commentare zum allg. d. H.-G.-Buche jene Präjudizien keine Berücksichtigung gefunden haben oder finden konnten, für den Praktiker wie Theoretiker im hohen Grade erschwert. Eine Ordnung dieser Rechtssprüche nach den einzelnen Gesetzesartikeln dürfte deshalb die Benutzung der ersteren nicht unwesentlich erleichtern, und zwar umsomehr, als ein und derselbe Rechtsspruch nicht selten in mehreren Zeitschriften abgedruckt ist, die äußere Form dieser Mittheilung aber, bei nur flüchtiger Prüfung, Zweifel über die Identität der einzelnen Präjudicate hervorrufen kann."

Damit ist der Standpunkt, von welchem der Herr Verf. ausgeht, gekennzeichnet; allein er liefert mehr, als er verspricht; denn er beschränkt sich nicht auf Rechtssprüche und Präjudizien, sondern er gibt auch den Nachweis über alle in den einzelnen Zeitschriften erschienenen Abhandlungen, soweit sie das Handelsrecht betreffen, und gewiß wird Jeder, der das Buch zur Hand nimmt, ihm das Zeugniß nicht versagen, daß er die Aufgabe, welche er sich gestellt, mit Geschick und Glück gelöst hat. Sehr zweckmäßigerweise sind den meisten Artikeln Zusätze beigegeben, die sich auf Fragen beziehen, zu denen der betreffende Artikel Veranlassung gibt, oder die doch mit demselben in Verbindung stehen. Auf diese Weise ist Gelegenheit gegeben, den Citaten von Abhandlungen die richtige Stelle anzuweisen und sie in Zusammenhang mit dem in dem Texte der Zusätze, nicht aber in den Artikeln selbst enthaltenen Satzungen zu bringen.

Das Unternehmen des Herrn Verf.s ist ein durch Zeit und Umstände gerechtfertigtes, hilft einem großen Bedürfnisse ab, und wird deshalb sehr willkommen geheißen werden. Der Herausgeber.

Digitized by Google

Fortsetzung der Zusammenstellung handelsrechtlicher Entscheidungen aus verschiedenen deutschen Staaten.

Oesterreich*).

Mitgetheilt von Dr. Hermann Blodig, o. ö. Professor am k. k. polytechnischen Institute in Wien.

Art. 4 und 272 (1. Absatz).

a. Das Appretiren der Schafwollwaaren fällt unter die im Art. 272 (1. Absatz) bezeichneten Handelsgeschäfte.

b. Appreteure sind daher als Handelsleute anzusehen.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 16. Januar 1867, Z. 162 (Gerichtshalle, S. 159).

Franz Erben begehrte den öffentlichen Verkauf der ihm von Franz Litzl verpfändeten 60 Stück Satincloth und ist mit Bescheid des Landes- als Handelsgerichtes in Brünn diesem Begehren stattgegeben worden.

Das Oberlandesgericht in Brünn hat dagegen das bezügliche Gesuch abgewiesen, und zwar:

In Erwägung, daß die Firma des Franz Litzl im Handelsregister nicht eingetragen ist, und auch seine Eigenschaft als Kaufmann (Art. 4 H.-G.-B.) in der Richtung, ob sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Handwerkes hinausgeht (Art. 272 H.-G.-B.), weder aus dem Umstande, daß er sich im vorliegenden Falle gegenüber dem Franz Erben in einer Wechselverpflichtung in

*) Vgl. dieses Archiv, III. Bd., S. 45; IV. Bd., S. 285; V. Bd., S. 223; VII. Bd., S. 130; IX. Bd., S. 48 und X. Bd., S. 177.

Digitized by Google

der Höhe von 1300 Fl. befindet, noch aus der Quantität des verpfändeten Satincloth (60 Stück) nachgewiesen erscheint, und

in Erwägung dessen, daß nicht vorliegt, daß die verpfändete Waare sein eigener Waarenvorrath sei, in letzter Beziehung vielmehr aus dem am 26. August 1866 von dem Ausschusse der Gläubiger der Koloman Kis'schen Ausgleichsmasse eingebrachten Sequestrationsgesuche*) das Gegentheil hervorgeht; da daher die kaufmännische Eigenschaft des Franz Litzl und sonach die in dem Art. 310 und 314 des H.-G.-B.s vorgeschriebene Grundbedingung zur Bewilligung des licitatorischen Verkaufes der ihm als Pfand übergebenen 60 Stück Satincloth nicht nachgewiesen erscheint.

In dem Revisionsrecurse wurde dagegen geltend gemacht:

1. Nach Art. 310 H.-G.-B. hat der Schuldner kein Recursrecht gegen die Bewilligung des Verkaufes des Faustpfandes, da dieser auch ohne Gehör des Schuldners geschehen kann, und

2. Ist Litzl als Kaufmann anzusehen, da er Appreteur, somit Fabrikant, Kaufmann ist, indem dieses Geschäft handwerksmäßig nicht mehr betrieben wird, weil der Appreteur alle Arbeitsprocesse, das Waschen, Walken, Rauhen, Scheeren, Pressen und Decatiren vornimmt, was alles über einen handwerksmäßigen Betrieb hinausgeht, zumal diese Thätigkeit mit Maschinen und Dampfkraft geschieht.

Der oberste Gerichtshof bestätigte den Bescheid der ersten Instanz, und zwar:

In Erwägung, daß die vom Recurrenten ausgefertigte Deckungserklärung vom 15. Mai 1866 keinen anderen Sinn haben kann, als daß, wenn die beiden Wechselbeträge von 500 und 800 Fl. nicht am

*) Der Ausschuß der genannten Ausgleichsmasse hatte nämlich die Sequestration der im Besitze des Franz Erben befindlichen Satincloth angesucht. Das Brünner Landes- als Handelsgericht und das Brünner Oberlandesgericht haben in Uebereinstimmung mit ihren obigen Entscheidungen jenes das Sequestrationsgesuch abgewiesen, dieses aber bewilliget. Der oberste Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der ersten Instanz mit Rücksicht auf den ersten im obigen Erkenntnisse aufgeführten Grund, der es unstatthaft erscheinen läßt, die Stoffe in die Hände eines Dritten zu geben, unter neuer, die weiteren Rechte des Inhabers verkümmernden Sequestration, dann aber auch in der Erwägung, daß den Sequestrationswerbern unbenommen sei, ihre Rechtsansprüche auf den zu deponirenden Erlös für die 60 Stück Satincloth geltend zu machen. (Erkenntniß vom 16. Januar 1867, Z. 163, Gerichtshalle, S. 166.)

Digitized by Google

Verfalltage bezahlt werden, der Wechselgläubiger sich aus der Deckung zahlhaft machen kann, zumal durch diese Erklärung die in den Wechseln bestimmte Verfallszeit nicht geändert worden ist;

in weiterer Erwägung, daß die Schafwollwaaren-Appretur mit ihren verschiedenen Arbeitsprocessen nicht als einfaches Handwerk angesehen werden kann, jedenfalls die Ausübung derselben durch Franz Litzl das gewöhnliche Handwerk weit überschreitet, wie es auch das zu dem Ausspruche zunächst berufene Handelsgericht anerkannte, sofort Franz Litzl nach Art. 272 H.-G.-B. als ein Handelsmann anzusehen ist;

in endlicher Erwägung, daß bei dieser Sachlage die auf den Art. 274 und 310 H.-G.-B. gegründete Erledigung des Landesgerichtes Brünn als Handelsgerichtes gerechtfertigt erscheint.

Art. 5 und 272.

Sparcassen, welche nur den Zweck haben, den minder bemittelten Volksclassen die Gelegenheit zur sicheren Aufbewahrung, Verzinsung und allmähligen Vermehrung kleiner Ersparnisse darzubieten, und deren allfälliger Einnahmeüberschuß nur zu gemeinnützigen und wohlthätigen Localzwecken verwendet werden darf, ermangeln des charakteristischen Merkmales als Handelsgeschäftes, nämlich der auf Gewinn gerichteten Absicht. Sie sind daher nicht als Kaufleute zu betrachten.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 2. April 1867, Z. 2432 (Allg. österr. Gerichtszeitung, S. 193, und Gerichtshalle, S. 218).

Auf Grund des Ausweises, daß die Sparcasse zu Leitmeritz 28 Fl. an directer Steuer zahlte, wurde dieselbe vom Kreis- als Handelsgerichte in Leitmeritz mit Hinweisung auf den § 7 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche*) zur Anmeldung ihrer Firma aufgefordert.

Der dagegen ergriffene Recurs wurde mit Erledigung des Oberlandesgerichtes zu Prag abgewiesen, weil nach § 50

*) Siehe dieses Archiv, III. Bd., S. 46.

Digitized by Google

dieses Gesetzes*) nicht nur Kaufleute und Handelsgesellschaften, sondern auch öffentliche Banken unter Voraussetzung der nach § 7 erforderlichen Steuerentrichtung zur Registrirung ihrer Firmen verpflichtet sind, die Sparcasse aber Geldeinlagen gegen Verzinsung annimmt und Darlehen gegen Verzinsung gibt, daher Geschäfte einer Bank betreibt.

Der oberste Gerichtshof hat dem ergriffenen a. o. Recurse dahin stattgegeben, daß unter Behebung der gleichförmigen unterrichterlichen Entscheidungen es von dem Auftrage zur Anmeldung der Firma der Sparcasse abzukommen habe, weil die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen weder auf Sparcassen nach ihrem allgemeinen Begriffe, noch auf die Sparcasse in Leitmeritz nach ihren Statuten insbesondere eine Anwendung finden, da der Sparcasse mit Rücksicht auf ihre Bestimmung das charakteristische Merkmal des Handelsgeschäftes, nämlich eine auf Gewinn gerichtete Absicht überhaupt mangelt, dieselbe vielmehr nur den in ihren Statuten ausdrücklich ausgesprochenen Zweck hat, den minder bemittelten Volksclassen die Gelegenheit zur sicheren Aufbewahrung, Verzinsung und allmähligen Vermehrung kleiner Ersparnisse darzubieten; durch Verwendung der Sparcasseeinlagen auf verzinsliche Darlehen Vorschüsse u. dergl. nur ermöglicht wird, die Einlagen der Parteien zu verzinsen, und den mit der Anstalt verbundenen Aufwand zu bestreiten, ein allfälliger Ueberschuß aber nur zu gemeinnützigen, wohlthätigen Localzwecken verwendet werden darf. Wenn daher auch die Sparcasse gleich den öffentlichen Banken Geldeinlagen gegen Verzinsung annimmt und Darlehen gegen Verzinsung gibt, so kann sie doch bei ihrem ausgesprochenen, jedem Handelsbetriebe fernstehenden Zwecke einer öffentlichen Bank nicht gleichgestellt werden, und ist demnach zur Anmeldung ihrer Firma um so minder berufen, als nach Art. 5 des Handelsgesetzbuchs die Bestimmungen in Betreff der Kaufleute selbst auf öffentliche Banken nur in den Grenzen des Handelsbetriebes, also nur insoweit zur Anwendung kommen, als dieselben Handelsgeschäfte betreiben, was bei der Sparcasse in Leitmeritz mit Rücksicht auf die in den Art. 271, 272

*) Ebendaselbst und S. 64.

Digitized by Google

und 273 H.-G.-B. enthaltene Aufzählung der Handelsgeschäfte nicht der Fall ist*).

*) Diesen Entscheidungsgründen stehen einige Bedenken entgegen, welche in Kürze ausgeführt werden sollen. Es ist nicht weiter die Frage, ob die fraglichen Geschäfte der Sparcasse Bank- oder Geldwechslergeschäfte seien, da die Entscheidung des obersten Gerichtshofes ihnen diesen Charakter nicht streitig macht, sondern nur wegen der eigenthümlichen Natur der Sparcassen das Gewerbmäßige des Betriebes in Abrede stellt, daher die Hinfälligkeit der nach Art. 272 des H.-G.-B.s zu beurtheilenden Behauptung „die Sparcasse sei ein Kaufmann" ausspricht.

Nach dem Grundgesetze für die österr. Sparcassen (Hofkanzlei-Verordnung vom 26. Septbr. 1844, Justiz-Gesetzsammlung, Z. 832) haben die letzteren genau den in den obigen Entscheidungsgründen angegebenen Zweck (§ 1). Sie sollen vorzüglich von humanitären Vereinen (§ 2) unter Nachweisung eines entsprechenden Garantiefonds oder von Gemeinden unter deren Dafürhaftung (§ 3) errichtet werden. Der statutarisch auszusprechende Zinsfuß für die Einlagen muß jedenfalls unter dem landesüblichen Zinsfuße mit Rücksicht auf die thunliche fruchtbringende Verwendung der Einlagen gehalten sein, damit sich für die Sparcasse aus den letzteren ein Ueberschuß als Reservefonds ergebe (§ 11). Letzterer ist zur Deckung etwaiger Verluste des Sparcassefonds zu bestimmen, und wird aus dem Ueberschusse gebildet, welcher sich aus der verzinslichen Verwendung der Einlagen nach Gutschreibung der den Einlagen gebührenden Zinsen und Zinseszinsen über Abschlag der Verwaltungskosten ergibt. Er soll abgesondert verrechnet werden, und hat, da das Gesetz nicht unterscheidet, sowohl bei den von den Vereinen als von den Gemeinden errichteten Sparcassen gebildet zu werden. Sollte er eine höhere Summe erreichen, als für diesen Zweck mit Rücksicht auf den Stand der Anstalt erforderlich erscheint, so kann, falls nicht für einen solchen Fall bereits in den Statuten der betreffenden Anstalt eine Vorsorge getroffen ist, ein angemessener Theil desselben über vorläufig einzuholende Genehmigung der höchsten politischen Verwaltungsbehörde (des Ministeriums des Innern) zu wohlthätigen oder gemeinnützigen Localzwecken verwendet werden. Letztere sollen immer zunächst den Interessen der unbemittelten Theilnehmer der Anstalt entsprechen (§ 12).

Hieraus geht hervor, daß der Sparcasse durchaus nicht verwehrt ist, nach einem Unternehmungsgewinn zu trachten, sondern nur, daß derselbe, wenn er eintritt, eine schon im vornherein, wenigstens im Principe, festgesetzte Bestimmung hat. Nicht die Art der letzteren, sondern die Thatsache, daß der Gewinn angestrebt wird, ist entscheidend. Ja die Absicht, einen solchen Unternehmungsgewinn zu erzielen, ist sogar der Sparcasse durch das Gesetz aufgetragen, weil es ja die Bildung eines Reservefonds kategorisch verlangt. Insolange kann daher von dem Mangel der Gewinnabsicht und deßhalb des gewerbemäßigen Charakters keine Rede sein, bis der Reservefond eine höhere Summe erreicht hat, als für den Zweck desselben mit Rücksicht auf den Stand

Digitized by Google

Art. 10. 272 und 273.

Ein Handelsschematismus genügt nicht, den Umfang zu erweisen, in welchem das Handelsgewerbe (also als Groß- oder Kleinhandlung) betrieben werde.*)

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 12. Dec. 1866, Z. 10784 (Gerichtshalle, 1867, S. 204).

Nikolaus Milanich klagte wider Hieronymus Schreiber auf Zahlung des Betrages von 400 Fl. als Mäklerlohn für die Vermittlung

---

der Anstalt erforderlich erscheint. Aber auch dann wird von dem Mangel des gewerbsmäßigen Charakters nicht unbedingt gesprochen werden können. Eine Sparcasse, welche den angemessenen Reservefond gebildet, und die Absicht des Gewinnes sofort aufgegeben hätte, wird in der Einrichtung ihrer Geschäfte im Allgemeinen, in der Besoldung ihrer Angestellten, jedenfalls aber in dem Zinsengenusse der Einlagen Aenderungen eintreten lassen müssen, woraus der Verzicht auf den Unternehmungsgewinn ohne Schwierigkeit sich erkennen ließe. Im Falle solche Aenderungen ausbleiben, müßte noch fortwährend die Vermuthung für die Gewinnsabsicht, somit für den gewerbsmäßigen Charakter der Sparcasse streiten. Diese Vermuthung würde zur Gewißheit, wenn sich, wie bisher, ein Gewinn thatsächlich herausstellte.

Seine Verwendung zu wohlthätigen oder gemeinnützigen Localzwecken ändert nicht die Art und Absicht des Erwerbes, hindert daher auch nicht die Anwendung der Gesetze, welche für beide gegeben sind. Ein Kaufmann, welcher sich in aller Rechtsform verbindlich macht, hinfort den ganzen Ertrag seines bisherigen Gewerbes einem wohlthätigen Zwecke zuzuwenden, tritt hiermit keineswegs aus der Unterordnung unter jene Gesetze, welche für den Kaufmann als solchen gegeben sind. Ein Spitalfond, welcher zu seiner besseren Dotirung z. B. eine Gasthausgerechtigkeit, eine Apothekerbefugniß, eine Branntweinbrennerei, eine Bierbrauerei überkommt, treibt eben auch ein Gewerbe, selbst für den Fall, als das Erträgniß desselben weit unter dem Bedarfe des Spitales stände, und daher fortwährend aus anderen Zuflüssen, wie beispielsweise Sammlungen bei Privaten, milden Beiträgen der Gemeinden oder der Bezirke gedeckt werden müßte.

Es ist aber **nicht die Verwendung des nach kaufmännischen Grundsätzen erzielten Unternehmungsgewinnes zu wohlthätigen Zwecken, sondern der künstlich ermäßigte Preis der einzelnen Leistung** jenen gegenüber, welche sich der Anstalt bedienen, was im vorliegenden Falle über den Charakter eines Unternehmens als „wohlthätigen" entscheidet.

*) Vorstehende Streitsache wurde zwar nicht in Betracht der angeführten Artikel abgeführt, allein es ist ersichtlich, daß die ausgesprochene Beweislosigkeit auch für dieselben zu gelten hat.

Digitized by Google

zu seiner Unterbringung als Commis bei dem Handlungshause Conti auf Grund des mit Beklagtem eingegangenen Vertrages.

Der Beklagte gab zu, daß er, im Dienste des Herrn Tedesco stehend, den Milanich ersuchte, ihm einen Dienst bei einem Großhandlungshause in oder außerhalb Triest ausfindig zu machen; er widersprach jedoch, daß die Firma Conti ein Großhandlungshaus sei, da dieselbe notorisch nur Detailgeschäfte mache.

Ueber die durchgeführte Verhandlung erkannte das Bezirksgericht Triest auf Abweisung des Begehrens, weil Kläger nicht, wie ihm oblag, nachgewiesen hat, daß die Firma Conti, bei welcher er dem Beklagten den Dienst verschafft habe, ein Großhandlungshaus sei, und nicht ein blos im Detailgeschäft verkehrendes Haus, was nach den nicht wiederlegten Anführungen des Beklagten die Firma Conti wäre; weil also, nachdem der Kläger die ihm vom Beklagten gesetzte Bedingung, an deren genaue Erfüllung die Pflicht zur Bezahlung des Vermittlerlohnes gebunden war, nicht erfüllt hat, ihm auch ein Recht auf Entlohnung durchaus nicht gebührt.

Das Oberlandesgericht in Triest hat aber auf den Eid über den gegebenen Auftrag zur Dienstauffindung und über den Umstand, daß der Kläger dem Beklagten einen Dienstplatz bei der genannten Firma wirklich verschafft habe, erkannt.

In den

Gründen

wird im Wesentlichen gesagt:

Der Beklagte gibt zu, daß er dem Kläger den Auftrag ertheilt habe, ihm einen Platz bei einem mit Manufacturen verkehrenden Großhandlungshause in oder außerhalb Triest zu finden, und er vertheidigt sich blos damit, daß das Handlungshaus Conti dabei ausgeschlossen gewesen sei, weil dieses blos im Detail den Verkehr betreibe. Abgesehen jedoch von dem Umstande, daß die Firma A. Conti in dem Handlungsschematismus als ein den Verkehr im Großen und Kleinen betreibendes Haus angeführt wird, würde in dieser Beziehung jeder Streit entfallen, wenn Kläger zu erweisen im Stande wäre, daß er mit dem Hause Conti nach erhaltener Ermächtigung des Beklagten in Verhandlung getreten, und daß Beklagter den Dienst bei dem Handlungshause Conti auch wirklich

Digitized by Google

angenommen habe, weil für den Fall der Erweisung dieser Thatsachen der Auftrag zu einer bestimmten Dienstverrichtung sicher gestellt wäre, oder die nachträgliche Genehmigung zu einer schon erfolgten Dienstleistung, und daher das gestellte Begehren durch die Vorschrift des § 1152 b. G.-B.*) vollkommen gerechtfertigt erscheinen würde.

Diese Umstände sind also die einzig und allein wesentlichen im Streite, während die weiteren in den Eiden der Replik und Schlußschrift angeführten sich nicht als maßgebende und die Frage nicht berührende Umstände darstellen, wobei blos bemerkt wird, daß das Versprechen einer Entlohnung ohne den Bestand der Verpflichtung und Zahlungsleistung nicht verbindlich wäre.

Der Umstand des ertheilten Auftrages wird aber direct durch den Haupteid der Replik dargethan, jener der Annahme des Dienstplatzes aber indirect durch den Haupteid der Schlußschrift, weil, wenn der Beklagte versprach, den Tag zu bestimmen, an welchem er den neuen Dienst antreten würde, daraus nothwendigerweise gefolgert werden muß, daß er den Dienstplatz auch vorher angenommen hat.

Deßhalb erschien es auch gerecht, die Zahlungspflicht im Grundsatze von der Leistung des von dem Kläger dem Beklagten aufgetragenen Eides über obige Umstände abhängig zu machen, indem der Beklagte auch diesen Eid theilweise angenommen hat.

In der Revisionsbeschwerde wurde eingewendet, daß der Kläger stillschweigend den Umstand zugegeben hat, daß Conti am Platze notorisch nur ein Detailgeschäft habe, daß also selbstverständlich sei, daß der Beklagte dem Kläger einen Auftrag zur Dienstvermittlung bei Conti gar nicht gegeben haben konnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil der ersten Instanz.

Gründe:

Der Kläger gestand, daß er vom Beklagten nur beauftragt war, ihm eine Anstellung in einem Großhandlungshause in oder

*) § 1152 des allg. b. G.-B. lautet:

„Sobald Jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellt, so wird auch angenommen, daß er in einen angemessenen Lohn eingewilligt habe. Ist der Lohn weder durch die Verabredung noch durch ein Gesetz festgestellt, so bestimmt ihn der Richter."

Digitized by Google

außerhalb Triest zu verschaffen. Da der Kläger sich für die Unterbringung des Beklagten nur bei dem Handlungshause Conti verwendete, so fragt sich, ob er für diese Mühewaltung eine Entlohnung ansprechen könne oder nicht; eine Frage, welche jedoch verneint werden muß.

Denn erstlich muß als wahr gehalten werden, daß dieses Handlungshaus Conti sich nur mit Detailgeschäften befasse, weil der Kläger dieser Behauptung des Beklagten ausdrücklich nicht widersprach. Es bemerkt zwar das Obergericht in seinen Entscheidungsgründen, daß Conti im Merkantilschematismus als Handelsmann von Manufacturwaaren im Großen und Kleinen vorkomme; allein abgesehen davon, daß auf Umstände, wovon im Streitverfahren keine Andeutung vorkommt, auf Beweismittel, welche von den Parteien nicht angeboten wurden, in Streitsachen kein Bedacht genommen werden darf, folgt daraus, daß Conti im Merkantilschematismus in der angegebenen Weise vorkommt, noch nicht, daß er sein Geschäft nicht blos im Detail, sondern auch im Großen betreibe.

Wenn daher der Kläger zur Erlangung einer Bedienstung für den Geklagten bei der öfters genannten Firma auch wirklich sich verwendet hat, so kann er eine Entlohnung nicht beanspruchen, weil eine Bedienstung in diesem Hause dem erhaltenen Auftrage nicht entsprach.*)

In Anbetracht des Gesagten mußte also das erstrichterliche Urtheil bestätigt werden.

Art. 34.

Die nach Art. 34 (1. Absatz) des H.-G.-B.'s für die Handelsbücher unbeschränkte Zeitdauer der Beweiskraft hat auch dann Anwendung, wenn die eingeklagten Buchposten in die Zeit vor der Wirksamkeit des H.-G.-B.'s fallen, und im Sinne des durch dieses beseitigten Particularrechtes die Beweis-

*) In dieser Rechtssache wurde von dem Geklagten auch ausgeführt, daß er zu der Firma Conti aus früherer Bekanntschaft mit diesem Hause und nicht durch Vermittelung des Klägers in Dienste getreten sei — ein für den Zweck hiesiger Mittheilung der Streitsache bedeutungsloser Einwand.

Digitized by Google

kraft der Handelsbücher an bestimmte Fristen gebunden war.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 22. August 1866, Z. 5624 (Gerichtshalle, 1867, S. 88).

Die Industrie- und Productenhalle in Prag klagte wider Johann Kinnast, Kaufmann in Prag, auf Zahlung von 3425 Fl. und Nebengebühren, auf Grund eines Buchcontos.

Diese Forderung gründete sich nach den Behauptungen der Klage:

1. in dem Anspruche der Halle auf Ersatz der dem Kinnast übergebenen Escomptevaluten für nicht eincassirte Wechselaccepte des Karl Trummer von 2000 Fl. und des Anton Schmidt von 3360 Fl.,

2. in dem Anspruche auf Ersatz der Proceßkosten,

3. in dem Anspruche auf die volle Einzahlung auf neue Accepte von 1680 Fl., und

4. in dem Anspruche auf 6% Zinsen und 2% Provision.

Das Handelsgericht in Prag hat nach dem Begehren erkannt, und das Oberlandesgericht daselbst dieses Urtheil bestätigt;

weil, so sagen die Gründe, auf die Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes keine Rücksicht genommen werden kann, indem sie erst in der Einrede und nicht in der § 40 der allg. Ger.-Ord.*) bestimmten Frist gemacht worden ist, und was die Cumulirung mehrerer Gegenstände betrifft, diese Einwendung ebenfalls keine Berücksichtigung verdient, da die aufrechte Verbescheidung der Klage rechtzeitig nicht angefochten wurde, und der gründlichen Entscheidung der Streitsache die Mengung mehrer Gegenstände in einer Klage nicht entgegensteht; ferner

weil Kinnast nicht widersprochen hat, daß die Halle die Accepte von 3360 Fl. und 2000 Fl. escomptirt habe, und als möglich zugibt, daß diese beiden Wechsel zur Verfallszeit von dem Acceptanten nicht eingelöst wurden; ferner in dem Briefe vom 31. März 1859, mit

*) Derselbe lautet:

„Glaubte der Beklagte, daß dem Richter, bei welchem geklagt wird, die Gerichtsbarkeit nicht gebühre, — so soll er längstens vor Verfließung der Hälfte der ihm zur Einrede bestimmten Frist diese Einwendung anbringen, widrigens damit nicht mehr gehöret werden."

Digitized by Google

welchem Kinnast die Halle um Escompt der beiden Accepte ersuchte, derselbe eine am 6. April 1859 fällige Forderung der Halle von 3360 Fl. eingestanden, und deren Abrechnung auf die Escompt-Valuta begehrte, einen Beweis aber dafür, daß er die weitere Escompt-Valuta von 2000 Fl. österr. W. nicht erhalten, nicht angeboten hat, welcher Beweis ihm obliegen würde, indem es in der Natur eines Escomptgeschäftes liegt, daß die Escompt-Valuta beim Abschließen des Geschäftes baar bezahlt wird, wenn nicht etwa anders ausdrücklich verabredet worden ist; nach dem Briefe des Kinnast auch das Schmidt'sche Accept von 3360 Fl. vom 6. Juli 1859 und das Trummer'sche Accept von 2000 Fl. vom 20. August 1859 fällig war; mit dem Briefe vom 28. Juli 1859 endlich Kinnast der Halle 1360 Fl. auf das Schmidt'sche Accept übersendete, und für den Rest von 2000 Fl. ein Pfand mit der Erklärung bestellte, dieses ehestens einzulösen, wonach Kinnast die Contoforderung von 2000 Fl. anerkannt hat, und hiermit die Contoforderungen der Halle dargethan erschienen;

weil Kinnast die Belastung mit 1680 Fl. anerkannt und eine kurze Zeit Respiro angesucht hat;

weil der Beklagte selbst anführt, daß das Trummer'sche Accept von 2000 Fl. von der Halle eingeklagt wurde, daher die Halle geschäftsmäßig vorerst den Protest erheben ließ;

und weil der Beklagte auch nicht widersprochen hat, daß ihm bei dem Escomptegeschäfte nebst 6% Zinsen auch 2% Provision von der Escompt-Valuta abgezogen wurden, und die Zahlung von 6% Zinsen in den Art. 287 und 289 H.-G.-B. und die Bezahlung von 2% Provision bei der Prolongirung in Art. 290 H.-G.-B. gegründet ist;

weil in Erwägung dieser Umstände und in Betracht, daß nach dem H.-G.-B. die Beweiskraft der Bücher unter Kaufleuten an keinen Zeitraum gebunden ist, nach Art. 34 H.-G.-B. den Büchern der Industrie- und Productenhalle ein volles Maß der Beweiskraft über das Soll und Conto des Kinnast beigelegt, und da Kinnast keine größeren Baarzahlungen, als im Haben angeführt sind, behauptet, auch dem Klagebegehren stattgegeben werden muß.

Der Revision hat der oberste Gerichtshof keine Folge gegeben.

Digitized by Google

Gründe:

Die Einwendung des Beklagten, daß das Handelsgericht in Prag zur Entscheidung des vorliegenden Streites nicht competent sei, ist sowohl formell als materiell ungegründet; denn der § 40 allg. Ger.-Ord. enthält eine allgemeine Bestimmung für den Fall, wenn dem Richter, bei welchem geklagt wird, die Gerichtsbarkeit nicht gebührt; dieser Paragraph findet daher auch da Anwendung, wenn die Streitsachen nicht vor dem sonst zuständigen Gerichte, sondern in Folge einer besondern Bestimmung vor ein Schiedsgericht gehören, welch' letzteres ebenfalls ein Gericht ist.

Demzufolge haben beide Instanzen ganz gesetzmäßig die erst in der Einrede gemachte Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes schon wegen deren Verspätung abgewiesen, und mußte die Abweisung dieser Einwendung auch dann erfolgen, wenn solche in gehöriger Frist angebracht worden wäre, weil hier der im § 15 der Statuten der böhmischen Industrie- und Productenhalle vorgesehene Fall, wonach die Schlichtung der aus dem Vereinsverhältniß entspringenden Streitigkeiten einem Schiedsgerichte zugewiesen wurden, nicht vorliegt.

Die Stammposten der Forderung der Halle sind erwiesen, und der Anspruch der berechneten 6% Zinsen und 2% Provision durch die Art. 283. 288. 290 H.-G.-B. gerechtfertiget, und mußte die Forderung der Halle auch schon durch den beigebrachten Buchauszug nach Art. 34 H.-G.-B. als erwiesen angesehen werden.

Art. 37.

Wenn keiner der beiden Streittheile Kaufmann ist, sind die etwa geführten Geschäftsbücher keineswegs Handelsbücher im Sinne des vierten Titels des I. Buches des H.-G.-B.'s, daher hat Art. 37 des genannten H.-G.-B. betreffend die Vorlage der Bücher im Laufe eines Rechtsstreites in solchen Fällen keine Anwendung.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 19. Feb. 1867, Z. 1463 (Gerichtshalle, S. 174).

Gegen den von einem Arzte bei dem Wiener Handelsgerichte gegen einen Privatier erwirkten wechselrechtigen Zahlungs-

Digitized by Google

Auftrag hatte Letzterer Einwendungen überreicht, und im Laufe des Verfahrens mit einem abgesonderten schriftlichen Gesuche auf Grundlage des Art. 37 des H.-G.-B. die Vorlage der Geschäftsbücher des Klägers beantragt. *)

Der Gerichtshof 1. Instanz wies dieses Gesuch mit Rücksicht auf die im summarischen und Wechselverfahren stattfindende mündliche Verhandlung als formell unstatthaft und gerichtsordnungswidrig zurück.

---

*) Nach dem (älteren) österr. Particularrechte (Hofdecret v. 20. Juni 1782, Z. 54 der Justiz-Gesetz-Sammlung) werden die Bücher der Apotheker als Handelsbücher betrachtet, dagegen den „Adnotationen der Advocaten und Aerzte" diese Eigenschaft abgesprochen. (Siehe auch F. Haimerl, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel im Civilprocesse, im Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft, IX. Bd., S. 27.) Da übrigens nach den österr. Gesetzen den Chirurgen an Orten, wo die Apotheke entfernt ist, gestattet wird, Apotheken zu führen, so wird den Aufschreibungen der Chirurgen über die aus ihrer Apotheke verabreichten Arzneien — keineswegs aber den über ihre Beschäftigung als Aerzte geführten Aufschreibungen — die Eigenschaft der Handelsbücher von der Doctrin und Praxis vindicirt. (Ignatz Wildner, der Beweis durch in- und ausländische Handels- und Handwerksbücher vor österr. Civilgerichten, Wien 1838, S. 21 und F. X. Nippel, Erläuterung der allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781, Wien 1845, I. Bd., S. 331.)

Nicht so einfach steht die Sache nach Einführung des H.-G.-B.s. Wenn auch alle Unternehmungen auf Apotheken unter den Begriff der Kaufleute fallen, so trifft die im Art. 37 des genannten Gesetzbuches geregelte Verbindlichkeit der Vorlage der Geschäftsbücher doch nur Kaufleute, welche der Art. 10 des H.-G.-B.s bezeichnet, also welche nach § 7 des österr. Einführungsgesetzes (III. Bd. dieses Archives, S. 46) die höheren Steuern bezahlen. In Ansehung der übrigen ist der vierte Titel des I. Buches des H.-G.-B.s im Allgemeinen gar nicht anwendbar. Das. österr. Einführungsgesetz besagt zwar, unter welchen Bedingungen die Bücher der obengenannten Kaufleute Beweiskraft haben (§ 20, siehe dieses Archiv, X. Bd, S. 185); allein da der § 22 des genannten Einführungsgesetzes (2. Absatz) nur diejenigen Vorschriften aufhebt, welche die Führung der Bücher der Kaufleute betreffen, soweit sie sich auf deren civilrechtliche Beweiskraft beziehen, keineswegs aber die dem österr. Rechte bisher fremde Bestimmung des Art. 37 des H.-G.-B.s auch auf Kaufleute, welche die niedrigern Steuern zahlen, anwendbar erklärt, so unterstehen letztere derselben auch nicht. Um im vorliegenden Falle mit dem Begehren der Vorlage der Geschäftsbücher durchzudringen, hätte die Klage im Zusammenhang mit dem Apothekergewerbe stehend, die Registrirung der Firma des letzteren oder doch wenigstens nachgewiesen werden sollen, daß vom Apotheker-Gewerbe ein so hoher Steuerbetrag entrichtet wird, welcher den Unternehmer nach dem österr. Particularrechte in die Kategorie der Voll-Kaufleute einreihen macht.

Digitized by Google

Gegen diesen Bescheid brachte der Geklagte den Recurs ein, und das Wiener Oberlandesgericht gab demselben Folge, indem es dem Handelsgerichte auftrug, das Gesuch mit Beseitigung des gebrauchten Weisungsgrundes anzunehmen und gesetzlich zu erledigen, nachdem das in demselben gestellte Begehren nach Art. 37 des H.-G.-B.'s ein an sich gesetzliches ist, die Form eines abgesonderten Gesuches aber den Vorschriften des summarischen Verfahrens nicht geradezu widerstreitet, übrigens jedenfalls das Handelsgesetzbuch, als ein später erlassenes Gesetz, *) maßgebend ist.

Hingegen bestätigte der oberste Gerichtshof den erstrichterlichen Bescheid, weil keiner der Streittheile Kaufmann ist, und daher die etwa geführten Geschäftsbücher keine Handelsbücher im Sinne des 4. Titels, I. Buches des Handelsgesetzbuches sind.

Art. 37 flg. u. 126.

Dem Gläubiger eines öffentlichen Gesellschafters, welcher durch eine bewilligte Execution in die Rechte eines Gesellschafters getreten ist, kann die Vorlage und Einsichtsnahme desjenigen Geschäftsbuches, worin die Geschäftseinlage und der Gewinnantheil des öffentlichen Gesellschafters verbucht sind, ebensowenig, als dem zum Behufe der Anmerkung der Pfändungsbewilligung in dem bezüglichen Geschäftsbuche abgesendeten Gerichtsabgeordneten verweigert werden.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 14. November 1866, Z. 10207 (Gerichtshalle, 1867, S. 39).

Ueber Einschreiten des Gläubigers eines öffentlichen Gesellschafters wurde mit Bescheid des Handelsgerichtes in Wien dem Amtsdiener die Anmerkung der zur Einbringung von 4000 Fl. sammt Nebengebühren bewilligten executiven Pfändung der Zinsen, Gewinnantheile und des Guthabens, welches der Schuldner als öffentlicher Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen der betreffenden Firma derzeit zu beziehen hat und zu beziehen haben wird, in

*) Vergl. dieses Archiv, IX. Bd., S. 90 und X. Bd., S. 241.

Digitized by Google

dem separaten Inventarsbuche dieser Firma und zwar auf der Inventur vom Jahre 1865 aufgetragen.

Ueber den dießfälligen Recurs des Exekuten fand das Wiener Oberlandesgericht den angefochtenen Bescheid dahin abzuändern, daß das Gesuch des Gläubigers um den oberwähnten Auftrag an den Amtsdiener zurückgewiesen werde, weil, insoferne es sich um Beschlagnahme der Zinsen und Zinsenantheile handelt, welche der Execut aus der Gesellschaftscasse dermal oder künftighin zu beziehen hat, die Einsicht des Inventarbuches vom Jahre 1865 dießfalls nicht zum Ziele führt, was aber das Guthaben anlangt, so kann nicht das im Jahre 1865 entstandene, sondern nur jenes in Anspruch genommen werden, welches dem Executen bei der Auseinandersetzung seiner Zeit zukommen wird, darüber kann die Inventur vom Jahre 1865 keine Auskunft geben, es war daher dem Executionsführer eine Einsicht in das Inventarsbuch gegen den Willen des Executen nicht zu gestatten, wonach auch von einer Anmerkung in diesem Buche keine Rede sein kann.

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch mit Abänderung der angefochtenen obergerichtlichen Erledigung den Bescheid des Handelsgerichtes.

Gründe:

Es muß im Grunde des rechtskräftigen Pfändungsbescheides, und zur Sicherung der Wirkung desselben dem Executionsführer gestattet sein, zu constatiren, ob und in welchem Betrage zur Zeit des Pfändungsvollzuges ein Guthaben seines Schuldners als öffentlichen Gesellschafters der fraglichen Firma an die Gesellschaft bestanden habe. Zu dieser Constatirung taugt die Vorweisung und Anmerkung der Pfändungsbewilligung in einem Geschäftsbuche, worin die Einlage und der Gewinnantheil des öffentlichen Gesellschafters nicht verbucht erscheint, keineswegs, vielmehr kann zu dem besagten Zwecke nur jenes Buch dienlich sein, worin die Geschäftseinlage und der Gewinnantheil des öffentlichen Gesellschafters wirklich verbucht sind. Das Vorhandensein eines Inventurbuches, in welchem die Inventur vom Jahre 1865 ein Guthaben des öffentlichen Gesellschafters ausweiset, ist durch die in der Relation des Amtsdieners

Digitized by Google

angeführte Erklärung des zweiten öffentlichen Gesellschafters sichergestellt, und die Vorlage und Einsichtsnahme des gedachten Buches zum Zwecke der amtlichen Pfändungsvormerkung kann dem Gläubiger, insoferne er durch die bewilligte Execution in die Rechte des öffentlichen Gesellschafters tritt, ebensowenig als dem zur Amtshandlung abgesendeten Gerichtsabgeordneten verweigert werden.

Art. 111 und 117.

Der einer registrirten Firma, welche zwar einem Gesellschaftsunternehmen angehört, jedoch nur aus dem Civilnamen Eines öffentlichen Gesellschafters ohne einen das Gesellschaftsverhältniß andeutenden Beisatz besteht*), aufgetragene Eid kann rechtsgültig auch von einem öffentlichen Gesellschafter abgelegt werden, dessen Namen in der Firma nicht erscheint.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 27. Feb. 1867, Z. 1464 (Gerichtshalle, S. 197).

Ein unter der Firma Akermann in Mainz betriebenes Ledergeschäft erwirkte bei dem Wiener Handelsgerichte gegen einen Wiener Handelsmann ein Urtheil auf Zahlung von geliefertem Leder gegen von dem Kläger Akermann abzulegenden Schätzungseid über den Werth der gelieferten Waare.

Das großh.-hessische Handelsgericht in Mainz, welches um die Eidesabnahme ersucht worden war, nahm den Eid von B. Jungmann, als Theilnehmer der Firma Akermann, ab, und sendete das Eides-Protocoll nach Wien.

Nunmehr bat der Geklagte bei dem Wiener Handelsgerichte, der von dem Kläger angetretene Schätzungseid sei für nicht abgeschworen zu halten, da nicht Akermann, sondern B. Jungmann denselben abgelegt habe. Der Gerichtshof erster Instanz gab diesem Begehren Folge.

In dem dießfalls von der klagenden Firma ergriffenen Recurse wurde eine Bestätigung des Secretariates des Mainzer Handelsgerichtes beigebracht, wonach die Firma Akermann aus drei Theil-

*) Art. 24 H.-G.-B.

Digitized by Google

nehmern, Akermann, B. Jungmann und C. Popper besteht, deren jeder zur Firmazeichnung und Vertretung der Gesellschaft berechtigt sei.

Sonach erkannte das Wiener Oberlandesgericht, der Eid sei für abgeschworen zu halten, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Schon aus der von dem großh.-hessischen Bürgermeisteramte in Mainz vom 30. October 1865 beigesetzten Beglaubigung des Conto der Replik, welcher zufolge des Urtheiles bei der Eidesablegung dem Schwörenden vorzuhalten war, und dem Eidprotocoll beiliegt, geht hervor, daß Akermann eine Firma bedeute, es hat also nicht eine physische Person mit Namen Akermann als solche geklagt, sondern der Proceß ist von der Firma durchgeführt worden.

In dem Eidleistungs-Protocolle, aufgenommen bei dem großh.-hessischen Handelsgerichte zu Mainz am 27. September 1866, wird im Eingange der Kläger mit der Bezeichnung Akermann erwähnt, weiter heißt es dann, nur der Kläger habe mit Schreiben sich zur Abschwörung des Eides bereit erklärt, und es sei der Kläger vorgeladen worden. Daß hierunter eine physische Person Namen Akermann verstanden wurde, geht aus dem Protocolle nicht hervor. Im Gegentheile wird der hierauf erschienene B. Jungmann als Kaufmann in Mainz und als Theilhaber der allda unter der Firma Akermann bestehenden Lederfabrik bezeichnet, welcher sich wiederholt zur Eidesleistung bereit erklärte und sohin den Schätzungseid ablegte. Es besteht daher kein Grund vorauszusetzen, daß das Mainzer Handelsgericht den Eid von Jemanden abgenommen habe, dessen Eidesleistung nicht der Rechtslage entspricht. Es handelt sich um die eidliche Versicherung, daß der Werth der Waare gewissenhaft angesetzt sei. Diesen Eid hat ein Theilhaber der Firma geschworen, und es ist nicht zu ersehen, warum ihn ein anderer Theilhaber der Firma, nämlich Akermann, hätte schwören sollen, da ja der Geklagte nicht zu behaupten vermag, daß nur der Letztgenannte etwa deßhalb den Eid zu leisten hatte, weil er allein oder besser als B. Jungmann von dem Werthe der Waare Kenntniß hatte. Sonach ist für den Geklagten weder ein Anlaß vorhanden, zu begehren, daß auch der Theilhaber Akermann jenen Schätzungseid nachträglich schwöre, noch weniger wäre es aber gerechtfertigt, den der Firma Akermann auferlegten,

Digitized by Google

von einem Theilnehmer derselben geleisteten Schätzungseid der Wirkung nach als nicht abgelegt zu erklären.

Mindestens hätte dem Kläger bevorgelassen werden müssen, eine amtliche Bestätigung über das Verhältniß B. Jungmann's zur Firma beizubringen, wie nun eine solche im Recurse beigebracht wurde, indem das Secretariat des großh.-hessischen Handelsgerichtes in Mainz unter dem 18. December 1866 auf Grund des bei diesem bestehenden Firmenregisters amtlich bezeuget, daß die Herren Akermann, Jungmann und Popper vergesellschaftete Lederhändler en gros unter der Firma „Akermann" in Mainz wohnhaft am 10. Februar 1863 als solche in die Handelsregister eingetragen wurden, sowie daß ein jeder von den genannten Herren berechtigt ist, die Firma zu zeichnen und die Gesellschaft zu vertreten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte die obergerichtliche Entscheidung; „denn," so lauten die Gründe, „wenn auch die amtliche Bestätigung des Secretariates des großh. hessischen Handelsgerichtes zu Mainz, daß B. Jungmann die unter der Firma Akermann registrirte Handelsgesellschaft zu vertreten berechtigt ist, erst mit dem Appellationsrecurse beigebracht wurde, so war doch schon nach Bezeichnung des Klägers in der Klage, nach dem Gegenstande des Processes und insbesondere auch nach dem Inhalte der amtlichen Beglaubigung des Buchauszuges der Replik die Klage als von einer Firma ausgegangen anzusehen, wonach unter dem Kläger, welcher nach dem Urtheile den Schätzungseid abzulegen hatte, jeder berechtigte Repräsentant der Firma zu verstehen war, und es muß daher, nachdem B. Jungmann von dem großh.-hessischen Handelsgerichte Mainz als solcher angenommen und zur Eidesableistung zugelassen wurde, der von ihm abgelegte Schätzungseid als vom Kläger abgeschworen angesehen werden.

Art. 208 und 211.

a. Die Actienzeichnung vor der (staatlichen Genehmigung und) Eintragung der Actiengesellschaft in das Handelsregister ist nicht als Beitritt zur letzteren, sondern nur als eine vorläufige Zusage zu betrachten, der Gesellschaft als Mitglied bei-

Digitized by Google

zutreten, wenn der Vertrag (behördlich genehmigt und) registrirt sein wird.

b. Auf eine solche Vereinbarung sind die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes über Verabredungen eines künftigen Vertrages anzuwenden.

c. Nach Art. 211 begründet die unter a. bemerkte Actienzeichnung nur Rechte und Pflichten zwischen den Proponenten — nicht der Gesellschaft selbst — einer- und dem Subscribenten andererseits.

d. Der in die Beitrittserklärung aufgenommene Satz, „daß sich die Actiengesellschaft constituirt, wenn bis zu einem bestimmten Tage sämmtliche Actien gezeichnet sind," hebt die Verbindlichkeit des Subscribenten auf, wenn die Bedingung nicht eingetreten ist.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 28. November 1866, Z. 10382 (Gerichtshalle, 1867, S. 2 und allg. österr. Gerichtszeitung, 1867, S. 77).

W. Eder hatte im Jahre 1863 auf 10 Actien zu 200 Fl. einer zu creirenden Actiengesellschaft subscribirt. Nachdem dieselbe sohin im April 1864 staatlich genehmigt und in das Handelsregister eingetragen wurde, belangte S. Setzer, als Cessionär der Gesellschaft, den W. Eder mit der Klage vom 29. September 1865 auf Zahlung des subscribirten Betrages.

Dagegen erhob der Geklagte drei Einwendungen und zwar:

1. Nach Art. 211 des H.-G.-B. besteht vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister die Actiengesellschaft als solche nicht. Nun wurde aber die in Rede stehende Actiengesellschaft erst im April 1864 genehmigt und registrirt, während die Subscription im Jahre 1863, also zu einer Zeit erfolgte, zu welcher diese Gesellschaft gar nicht bestand. Wenn sie aber gar nicht bestand, so konnte sie weder unmittelbar noch durch Mandatare irgend welche Rechte aus der Subscribirung des Geklagten erworben haben, und es erscheint daher der Kläger, da er nicht dargethan hat, daß und wie das von den Projectanten aus der fraglichen Subscribirung

Digitized by Google

erlangte Recht auf die Actiengesellschaft übertragen wurde, zu der Klage nicht legitimirt.

2. In der auf den Subscriptionsbogen befindlichen Einladung erklärten die Projectanten: „Die Actiengesellschaft constituirt sich, wenn bis zum letzten December 1863 sämmtliche Actien gezeichnet sind." Kläger hätte demnach nachzuweisen gehabt, daß die Bedingung, unter welcher subscribirt wurde, in Erfüllung gegangen sei, daß nämlich bis Ende December 1863 sämmtliche Actien gezeichnet waren, was aber Geklagter in Abrede stellt, und überdieß ein Programm der Projectanten allegirt, welches das Datum „Januar 1864" trägt und worin sie ihre Einladung zur Subscription wiederholen, demnach ausdrücklich erklären, daß bis Ende December 1863 nicht sämmtliche Actien gezeichnet waren, und es kann daher conditione deficiente von einem Rechte gegen den Geklagten keine Rede sein.

3. Bei dem Umstande, daß die dem Projectanten gegenüber gemachte Actienzeichnung höchstens nur als ein mit denselben eingegangenes pactum de contrahendo angesehen werden kann, erscheint der kläger'sche Anspruch durch die einjährige Verjährung erloschen (§ 936 b. G.-B.) *).

Hierüber hat das Wiener Handelsgericht dem Klagebegehren gemäß erkannt:

Gründe:

Durch die im April 1864 erfolgte Eintragung in das Handelsregister erlangte die Actiengesellschaft nach Art. 211 H.-G.-B. ihren rechtsgiltigen Bestand. Die vorbereitenden Schritte, welche zu diesem Zwecke gemacht wurden, und wozu zweifelsohne die Subscriptions-Einladung gehörte, wurden hierdurch rechtsverbindlich, und die

*) § 936 des allg. bgl. Gesetzbuches lautet:

„Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag zu schließen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Theiles verloren wird.

Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden, widrigenfalls ist das Recht erloschen."

Digitized by Google

Rechtscontinuität von dem Momente der Eröffnung jener präparatorischen Schritte bis zur Registrirung erscheint vollkommen hergestellt, die Validität der Gesellschaft war nie in Frage gestellt, und durch die Registrirung erlangten alle von den Interessenten der Gesellschaft in Absicht auf ihre legale Errichtung unternommenen Geschäfte die erforderliche Sanction. Die ehemaligen Paciscenten wurden in Folge dessen wirkliche Contrahenten, und der Geklagte hatte nicht blos ein pactum de contrahendo, sondern einen wirklichen Vertrag abgeschlossen, als er auf die fraglichen Actien subscribirte. Hieraus folgt, daß die übrigens lange nach erfolgter Registrirung ausgestellte Cession (der Gesellschaft an den Kläger) die erworbenen Rechte der Gesellschaft wider den Geklagten völlig rechtsgültig an den Kläger übertrug. Was die vom Geklagten erhobene zweite Einwendung betrifft, so besagt der Satz: „Die Actiengesellschaft constituirt sich, wenn bis zum letzten December 1863 sämmtliche Actien gezeichnet sind," nicht, daß die Gesellschaft sich gar nicht constituiren werde, oder gar nicht als constituirt zu betrachten sei, wenn bis Ende December 1863 nicht alle Actien subscribirt sind. Der Satz ist lediglich dahin aufzufassen, „die Gesellschaft erscheint als constituirt, sobald alle erforderlichen Actien gezeichnet sind; erfolgt dieses Ende December 1863, so wird sie bis zu diesem Zeitpunkte als constituirt zu betrachten sein; wo nicht, so wird sie dann als constituirt angesehen werden, wenn obiger Zweck erreicht ist."

Die Einwendung der Verjährung greift im vorliegenden Falle gar nicht Platz. Denn gezeigter Maßen bestand in Absicht auf rechtliche Geltung kein Intervall zwischen dem Momente der Einladung zum Beitritte und dem wirklichen Zustandekommen der Actiengesellschaft. Nach dem Handelsgesetzbuche ist jede Actienzeichnung der Beitritt zu dem Societätsvertrage. Der Geklagte hat seine Subscriptionsliste ohne Einsprache dem h. Staatsministerium vorlegen lassen, welches die Genehmigung der Constituirung der Gesellschaft ertheilte.

Dagegen hat das Wiener Oberlandesgericht und der oberste Gerichtshof das erstrichterliche Urtheil abgeändert und erkannt: Der Geklagte sei den eingeklagten Betrag zu bezahlen nicht schuldig. Letzteres aus nachstehenden

Digitized by Google

Gründen:

Es ist thatsächlich und nach Art. 208 und 211 H.-G.-B. gesetzlich feststehend, daß zur Zeit, als die auf der Subscriptionseinladung unterzeichneten Personen diese Einladung im November 1863 erlassen und als der Geklagte in Folge derselben den Betrag von 2000 Fl. für 10 Stück Actien gezeichnet hat, die Actiengesellschaft als solche noch nicht bestand, da sie erst am 2. April 1864 die staatliche Genehmigung erhalten hat und erst am 22. April 1864 in das Handelsregister eingetragen worden ist. Die erwähnte Einladung hat in Bezug auf die wesentlichen Punkte des Unternehmens auf das ihr beiliegende Programm hingewiesen, jenes Programm aber stellt selbst erst die Festsetzung der Statuten der Gesellschaft durch eine erst nach vollendeter Actienzeichnung einzuberufende Generalversammlung in Aussicht.

Hieraus ergibt sich, was übrigens auch selbstverständlich ist, daß zur Zeit der im November 1863 ergangenen Einladung und zur Zeit der Subscription des Geklagten auch der Gesellschaftsvertrag noch nicht vereinbart gewesen sein konnte. Die Actienzeichnung des Geklagten kann mithin auch nicht als ein Beitritt zu dem noch nicht existirenden Gesellschaftsvertrage, sondern nur als eine vorläufige Zusage, dem Gesellschaftsvertrage, wenn er errichtet und behördlich genehmigt sein wird, als Mitglied beizutreten zu wollen, aufgefaßt werden.

Die Bestimmungen des 3. Titels, II. Buches des H.-G.-B.s: „Von der Actiengesellschaft" haben nur die Verhältnisse aus bestehenden Actiengesellschaften zum Gegenstande, sie beziehen sich nicht auf die vor dem rechtlichen Entstehen einer Actiengesellschaft in Absicht auf deren Gründung vollzogenen und dem Vertragsabschlusse vorhergegangenen vorbereiteten Acte und Verabredungen. Der Art. 211 selbst verweist dasjenige, was vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, in den Bereich der persönlichen Haftung der Handelnden, und die Bestimmung des Art. 208, wonach zur Actienzeichnung eine schriftliche Erklärung genügt, hat, wie es nach seinem ganzen Zusammenhange unzweifelhaft ist, eben nur den Fall einer mit behördlicher

Digitized by Google

Genehmigung bereits errichteten Actiengesellschaft im Auge, und setzt über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages eine gerichtlich oder notariell bereits aufgenommen Urkunde voraus.

Mag nun aber selbst aus der Subscription des Geklagten das Recht auf Erfüllung der Zusage des Beitrittes, d. i. auf die versprochene Zahlung des gezeichneten Einlagsbetrages, dem Actienverein selbst und nicht blos den in der Einladung als Proponenten und Gründern desselben aufgetretenen Individuen für ihre Person erwachsen sein, so hätte, auch wenn dieses Recht vom Actienvereine selbst hätte geltend gemacht werden wollen, hierbei doch nur die Bestimmung des § 936 a. b. G.-B. in Anwendung kommen müssen, eben weil die Erklärung, einer noch nicht bestehenden, sondern erst zu schaffenden und behördlich zu genehmigenden Actiengesellschaft als Theilnehmer beitreten zu wollen, ihrer Natur nach doch nur als eine Zusage, den Vertrag erst künftig schließen, beziehungsweise dem zu errichtenden Vertrage sich als Theilnehmer anschließen zu wollen, aufzufassen ist. Auf die Erfüllung dieser Zusage hätte aber auch der Actienverein selbst und mithin ebenso der Kläger als dessen Cessionär nach § 936 a. b. G.-B. längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte dringen müssen; als dieser bedungene Zeitpunkt muß, wenn nicht schon der in der Subscriptionseinladung für die Constituirung der Actiengesellschaft fixirte, doch mindestens der Zeitpunkt, der nach erwirkter behördlicher Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister eingetretenen rechtlichen Existenz der Actiengesellschaft, somit mindestens der 22. April 1864 angenommen werden, und da nun die vorliegende Klage erst am 29. September 1865 angebracht worden ist, so hat der Geklagte mit Recht die Erlöschung des Anspruches nach § 936 a. b. G.-B. eingewendet.

Es kann aber auch die in der Zeichnung des Geklagten gelegene Zusage der Abnahme von 10 Stück Actien nicht als unter anderen Bedingungen erfolgt angesehen werden, als unter welchen die Einladung ergangen ist. Darin wurde ausdrücklich erklärt: „die Actiengesellschaft constituirt sich, wenn bis zum letzten December 1863 sämmtliche Actien gezeichnet sind." Es ginge hiernach nicht an, die Zusage des Geklagten auch für eine erst später und wann immer erfolgende Constituirung der Actiengesellschaft als

Digitized by Google

bindend anzusehen. Eines ausdrücklichen Vorbehaltes des Rücktrittes oder eines nachherigen Zurückziehens des Versprechens von Seite des Geklagten nach Verlauf des in der Subscriptionseinladung bestimmten Constituirungstermines bedurfte es nicht, weil nach Fassung jener Einladung, welche einen Vorbehalt einer etwa auch erst später erfolgenden Constituirung nicht enthält, jeder Subscribent berechtigt war, anzunehmen, daß der Verein sich überhaupt dann nicht constituiren werde, wenn bis Ende December die Zeichnung der in der Einladung vorausgesetzten Zahl der Actien nicht erzielt würde. Den Eintritt jener Bedingung hat der Beklagte widersprochen und der Kläger nicht erwiesen. Die Abweisung des Klagbegehrens ist also auch aus diesem Grunde gerechtfertigt

Art. 250 und 253.

Wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen mit einer Vermögenseinlage in der Art betheiligt, daß ihm ein aliquoter Theil der Geschäftslosung im Allgemeinen und überdieß ein noch günstiger ausgemessener Antheil bestimmt bezeichneter Geschäfte zufallen soll, so ist, falls bei ungünstigem Fortgange des Geschäftes die Einlage dem theilweisen oder gänzlichen Verluste preisgegeben ist, im Sinne des Art. 250 H.-G.-B. eine stille Gesellschaft vorhanden.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 9. April 1867, Z. 2492 (Allg. österr. Gerichtszeitung, S. 209).

Simon Andres brachte beim Wiener Handelsgerichte an, daß laut angeschlossenen, von zwei Zeugen mitgefertigten Briefes, worüber er einen entsprechenden Gegenbrief ausgestellt habe, sein Vater Jakob Andres ihn als stillen Gesellschafter in sein Geschäft aufgenommen habe. Im Briefe war seine Einlage bestätigt, ihm deren Rückstellung nach Auflösung der Gesellschaft, dann als Gewinnstantheil ein Fünftel der Geschäftslosung, und bei zwei Gattungen von Geschäften ein Drittel des Gewinnes zugesichert. Der Sohn verlangte nun, da sein Vater ihm seit einem Jahre keinen Gewinnantheil auszahle, nach Art. 253 und 255 des H.-G.-B. die Mittheilung der Bilanz des Jahres 1866, so wie

Digitized by Google

Einsicht der Bücher und Papiere, um seine Rechte geltend machen zu können.

Das Handelsgericht ordnete eine Tagsatzung an, wobei Jakob Andres die Bilanz vorlegen solle. Er ergriff den Recurs dagegen, hervorhebend, daß Simon Andres sein registrirter Procuraführer, also eigentlich nur sein Handlungsbediensteter, keineswegs stiller Gesellschafter war. Denn er habe nur ein Fünftel der Geschäftslosung, also der Bruttoeinnahme, somit keinen Antheil am eigentlichen Geschäftsgewinne, und zwar auch dann zu beziehen, wenn das Geschäft gar keinen Gewinn abwerfe. Von dem Tragen eines allfälligen Verlustes ist im Briefe keine Rede, ja sogar die Einlage gegen einen solchen geschützt, da sie jedenfalls ganz zurückgestellt werden muß. Es fehlen daher alle Merkmale einer stillen Gesellschaft, wie Art. 250 H.-G.-B. sie voraussetzt. Zudem kann die von Simon Andres begehrte Vorlage der Bilanz und Schriften nur aus wichtigen Gründen (Art. 253) in Anspruch genommen werden, die nicht vorhanden sind.

Die zweite Instanz wies den Recurs ab. Denn Jakob Andres hat mittelst des Briefes den Simon Andres als stillen Gesellschafter aufgenommen, und wenn dieser nach Inhalt desselben dem Jakob Andres gegenüber nicht verpflichtet sein soll, an Verlusten im Geschäfte Theil zu nehmen, worüber hier nicht abzusprechen ist, so kann hierin eine Ungültigkeit des Vertrages, soweit dem Simon Andres Rechte auf den Gewinn eingeräumt wurden, gegenüber dem Recurrenten nicht ersehen werden, und war das Handelsgericht, da Simon Andres mit dem Recurrenten wenigstens in Bezug auf den Gewinn in Gemeinschaft steht, nach Art. 253 und 40 H.-G.-B. berufen, die Mittheilung der Bilanz an Simon Andres unter Vorlegung der Bücher und Papiere dem Recurrenten aufzutragen.

Nun brachte Jakob Andres den außerordentlichen Revisionsrecurs ein, worin er nebst dem, was er früher angeführt hatte, noch bemerkte, daß die Benennung des Simon Andres als stiller Gesellschafter in dem Briefe nur zufällig, aus Unkenntniß ihrer rechtlichen Bedeutung oder zur Beschönigung der Dienstesstellung des Simon Andres gewählt wurde, und den Mangel der wesentlichen Erfordernisse einer stillen Gesellschaft (Art. 250) nicht zu ersetzen vermöge; ferner daß, wenn selbst Gegner stiller Gesellschafter wäre, er doch

Digitized by Google

nach Art. 253 den Bestand einer Forderung hätte darthun sollen, daher dessen Gesuch keinesfalls ohne Weiteres zu bewilligen, sondern höchstens eine Vernehmung beider Theile anzuordnen war.

Der oberste Gerichtshof verwarf den außerordentlichen Recurs. Denn da im obigen Briefe Jakob Andres erklärte, seinen Sohn Simon als stillen Gesellschafter mit einer Einlage in sein Geschäft aufzunehmen, ihm darin ein Drittel des Gewinnes — nicht blos der Losung, nämlich der Bruttoeinnahme — von einigen Geschäften zusichert, auch Simon Andres im Falle ungünstigen Fortganges seine Einlage theilweise oder ganz verlieren konnte, so ist in den Ansichten der ersten und zweiten Instanz, daß eine stille Gesellschaft zwischen obigen Beiden bestehe, eine offene Ungerechtigkeit nicht gelegen.

Art. 271.

Der Ankauf von Hopfen zum Bierbrauen ist auf Seite des Brauers kein Handelsgeschäft.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 12. September 1866, Z. 7438 (Gerichtshalle, 1867, S. 38).

Andreas Hille, Hopfenhändler in Satz, klagte wider Johann Immen, Brauermeister, bei dem Bezirksgerichte Wolin, der Personalinstanz des Schuldners, auf Zahlung von 1026 Fl. Der Beklagte erhob dagegen die Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes, indem er behauptete, daß er als Handelsmann bei dem Handelsgerichte belangt werden müsse.

Das Bezirksgericht Wolin erkannte, daß die Einwendung der Gerichtszuständigkeit nicht statthabe, weil die Competenzfrage nach § 38 des Einführungsgesetzes zum allgemeinen H.-G.-B.*) entschieden werden müsse, weil Beklagter nicht behauptet und nicht nachgewiesen habe, daß er ein registrirter Kaufmann ist, daher es lediglich darauf ankommt, ob das Rechtsgeschäft, auf dessen Grunde geklagt wird, auf Seite des Geklagten ein eigentliches Handelsgeschäft nach Art. 271 H.-G.-B. sei. Nun kann man aber von einem Brauer nicht sagen, daß er Hopfen als Waare kaufe, um denselben als Waare weiter zu veräußern, da durch die gewerbsmäßige Benützung der Waare sie als solche selbstständig zu sein aufhört, und als

*) Siehe dieses Archiv, IV. Bd., S. 300.

Digitized by Google

Mittel zur Erzeugung von Waaren anderer Gattung dient; daß aber der Art. 271 die weitere Veräußerung derselben Waare, wenn auch verarbeitet, nach der durch die Umstände erhellenden Absicht des Anschaffenden vorausſetze, sei der einschränkenden Fassung dieses Artikels im Hinblicke auf die folgenden Artikel zu entnehmen. Wenn daher das Geschäft auf Seite des Beklagten kein absolutes Handelsgeschäft ist, so erscheint auch die Einwendung des unzuständigen Gerichtsstandes unbegründet, und zwar ohne sich in die weitere Beurtheilung einzulassen, ob der Brauer als Kaufmann oder Gewerbsmann anzusehen sei.

Das Oberlandesgericht in Prag hat dagegen erkannt, daß die obige Einwendung stattfindet.

In den

Gründen

wird gesagt:

Das Gesetz geht bei Bestimmung der Handelsgerichtsbarkeit, abweichend von der allgemeinen Jurisdictionsnorm, von dem Grundsatze einer objectiven und subjectiven Competenz aus, und normirt die erstere in dem § 38, Z. 1 dahin, daß der Handelsgerichtsbarkeit zugewiesen werden die Streitigkeiten, welche aus den im Art. 271 des H.-G.-B.s aufgeführten Handelsgeschäften entstehen, und zwar ohne Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft der streitführenden Parteien, wenn das Geschäft auf Seite des Geklagten ein Handelsgeschäft ist; während letztere durch den Absatz 2 dieses § festgestellt wird.

Es handelt sich demnach vorliegend vor Allem um die Frage, ob das zwischen dem Kläger, Andreas Hille als Hopfenhändler, und dem Beklagten, Johann Immer als Brauer zu Wolin, über mehrere Quantitäten Hopfen abgeschlossene Kauf- und Lieferungsgeschäft im Sinne des Gesetzes ein Handelsgeschäft sei.

Nach dem Sinne und Wortlaute des Art. 271 H.-G.-B. läßt sich nicht verkennen, daß zwischen den Streittheilen zugestandenermaßen eine Geschäftsverbindung in der Art bestand, wonach Kläger als Hopfenhändler dem Beklagten als Brauer Hopfen im Kaufwege lieferte, und woraus sich für den Kläger eine Saldoguthabung von 1026 Fl. ergeben habe.

Digitized by Google

Diesen Hopfen benöthigte der Beklagte zur Erzeugung seines Bieres und hat zu diesem Behufe denselben verarbeiten müssen, um ihn mit dem Biere weiter zu veräußern.

Ein Handelsgeschäft, wie es diese gesetzliche Bestimmung bezeichnet, fand daher zwischen den Streittheilen statt; und es kann die Einwendung des Klägers in der Replik, es könne die Handelsgerichtsbarkeit nur dann begründet sein, wenn ein Theil der Paciscenten ein firmirter Handelsmann ist, hier keine Beachtung finden, weil es sich nicht um den Nachweis der subjectiven, sondern der objectiven Handelsgerichtsbarkeit handelt.

Die von dem Beklagten erhobene Einwendung des unzuständigen Gerichtsstandes ist demnach im Gesetze gegründet, daher, mit Abänderung des unterrichterlichen Ausspruches, derselben stattgegeben und die Streitsache an das competente Handelsgericht gewiesen werden mußte.

In Folge der Revisionsbeschwerde bestätigte der oberste Gerichtshof das Urtheil der ersten Instanz.

Gründe:

Die von dem beklagten Braumeister entgegengesetzte Einwendung der Gerichtsunzuständigkeit wäre nach § 38, Z. 1 der Einführungsvorschrift zum H.-G.-B. nur dann begründet, wenn der Ankauf des Hopfens von Seite des Beklagten im Sinne des Art. 271, Z. 1 H.-G.-B. als ein Handelsgeschäft betrachtet werden könnte; dieß ist aber nicht der Fall. Denn wenn auch der Art. 271 zu den Handelsgeschäften den Kauf von Waare, um dieselbe wieder zu veräußern, zählt, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Waare in Natura oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung wieder veräußert werden soll, so kann doch diese schrankenlose Auslegung des Art. 271 als die richtige nicht erkannt werden, indem sonst ganz gegen die Absicht des Gesetzes jeder Gewerbsverkehr ohne allen Unterschied zu den Handelsgeschäften gerechnet werden müßte.

Der richtige Begriff eines Handelsgeschäftes, im Sinne des Art. 271, Z. 1 H.-G.-B., ergibt sich aber schon aus diesem Artikels-Absatze selbst und weiters durch seine Zusammenhaltung mit dem Art 272, Z. 1 H.-G.-B. Der dort gebrauchte Ausdruck „um dieselben (Waaren) wieder zu veräußern," wobei es keinen Unterschied macht,

Digitized by Google

ob die (erkauften oder anderweitig angeschafften) Waaren in Natura oder nach einer Verarbeitung wieder veräußert werden sollen, deutet schon klar genug an, daß der Kauf oder die anderweitige Anschaffung einer Waare, um dieselbe weiter zu veräußern, nur dann von Seite des Käufers oder sonstigen Erwerbers als ein Handelsgeschäft zu betrachten sei, wenn die Weiterveräußerung entweder in Natur (also in ganz unverändertem Zustande) oder in einer höchstens ihre Form, keineswegs aber auch ihre Substanz und genuine Eigenschaft verändernden Bearbeitung oder Verarbeitung geschehen soll; denn wird durch diese Bearbeitung oder Verarbeitung auch die Substanz und genuine Eigenschaft der Waare verändert oder umgewandelt, dann hört sie eben auf, die frühere Waare zu sein, sie ist in einem anderen früher nicht bestandenen Erzeugnisse aufgegangen, die Veräußerung dieses neuen Erzeugnisses kann nicht eine Weiterveräußerung der früheren Waare im eigentlichen Sinne genannt werden.

So wie das zu Semmeln oder Brot verbackene Mehl nicht mehr Mehl, sondern Brot oder Semmel ist, so ist auch der zur Biererzeugung gekaufte und wirklich verwendete Hopfen nicht mehr Hopfen, sondern ein integrirender Bestandtheil des erzeugten Bieres geworden, und kann gar nicht mehr als Hopfen weiter veräußert werden; das erzeugte Bier aber, welches nur zum allergeringsten Theile aus Hopfen besteht, einen bearbeiteten oder verarbeiteten Hopfen zu nennen, wird wohl Niemand im Ernst beifallen. Aber selbst die Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, und zwar auch dann, wenn hierdurch ihre Substanz und genuine Eigenschaft nicht verloren geht, ist nach Art. 272, Z. 1 H.-G.-B. nur dann ein Handelsgeschäft, wenn der Gewerbsbetrieb des Unternehmers über den Umfang des Handwerkes hinausgeht. Daß dieß bei dem Geklagten mit dem Betriebe seiner Bierbrauerei der Fall sei, wurde auch nicht einmal behauptet. Da nun nach dem Gesagten der Kauf des Hopfens von Seite des Beklagten als ein Handelsgeschäft nicht zu betrachten ist, so stellt sich auch das Bezirksgericht Wolin, als Personalinstanz des Beklagten, zur Verhandlung und Entscheidung dieser Streitsache als zuständig dar*).

*) Dagegen gehen die in diesem Archiv, Bd. I, S. 534; Bd. III, S. 50.

Digitized by Google

Art. 271.

Die von einem Consumverein gemachten Anschaffungen von Waaren sind absolute Handelsgeschäfte, auf deren Beurtheilung die Frage nach der Registrirungspflicht der genannten Vereine keinen Einfluß hat.

Entscheidung des Wiener Oberlandesgerichts vom 17. Oct. 1865, Z. 18127 (Allg. österr. Gerichtszeitg., 1867, S. 176).

Karl Hanf belangte bei dem Wiener Handelsgerichte einen Wiener Consumverein auf Zahlung eines Saldo von 1704 Fl. ö. W. und rubricirte die Klage gegen diesen Verein zu Handen des Vorstand-Stellvertreters Franz Feigel.

Diese Klage wurde von dem Wiener Handelsgerichte zurückgewiesen, weil der Consumverein nicht registrirt ist, und die Berechtigung des Franz Feigel zur Annahme erster Klagen nicht nachgewiesen wurde.

In dem gegen diesen abweislichen Bescheid ergriffenen Recurse wurde geltend gemacht, daß die Klage Waarenlieferungen zum Gegenstande habe, welche auf Seiten des geklagten Vereins nach Art. 271 H.-G.-B. Handelsgeschäfte sind, daß daher diese Klage gemäß § 38, Z. 1 des Einführungsgesetzes zum H.-G.-B. *) ohne Rücksicht, ob der geklagte Verein registrirt sei oder nicht, vor das Forum des Handelsgerichts gehöre.

Bezüglich des zweiten Abweisungsgrundes wurde bemerkt, daß es nicht Sache des Richters sei, von Amtswegen die vom Kläger behauptete Berechtigung einer bestimmten Person zur Vertretung eines Vereins oder einer Gesellschaft zu bezweifeln, sondern daß dieses nur der Einwendung des Geklagten zu überlassen sei.

---

52 und 361 und Bd. IV, S. 252 mitgetheilten Entscheidungen anderer Gerichte von den entgegengesetzten Grundsätzen aus, und auch der österr. oberste Gerichtshof hat in einem anderen Falle (siehe dieses Archiv, IV. Bd., S. 290) die Bierbrauer, Branntweinbrenner, Müller u. dergl. Gewerbsleute zu den Handelsleuten gerechnet. In der That walten gegen die obige Auffassung des obersten Gerichtshofes die gegründetsten Bedenken ob, denen auch der k. k. Kreisgerichtspräses Dr. Frey (Gerichtshalle, 1867, S. 229) den angemessenen Ausdruck gegeben hat.

*) Siehe dieses Archiv, IV. Bd., S. 300.

Digitized by Google

Uebrigens wurde bemerkt, daß der von dem Handelsgerichte geforderte Beweis der Berechtigung des Franz Feigel zur Vertretung des geklagten Vereins dem Kläger nicht möglich sei, da die Statuten dieses Vereins, welche auch dem Recurse beigeschlossen wurden, ungeachtet dieselben die Genehmigung der Statthalterei erhielten, keine einzige Bestimmung darüber enthalten, wer den Verein nach außen zu vertreten berechtigt sei. Endlich wurde hervorgehoben, daß Franz Feigel den mehrgedachten Verein factisch vertrete, und daß er allein die bei der Statthalterei erliegenden Vereinsstatuten mit dem Beisatze als „Vorstands-Stellvertreter" gefertigt habe.

Das Wiener Oberlandesgericht hat diesem Recurse Folge zu geben und dem Handelsgerichte die Annahme und ordnungsmäßige Erledigung der Klage, so wie die Zustellungs-Veranlassung zu Handen des namhaft gemachten Franz Feigel aufzutragen befunden, „denn," so wird ausgeführt, „die Competenz in der vorliegenden Rechtssache kann nach § 38, Z. 1 des Einführungsgesetzes zum H.-G.-Buche, sowie nach Art. 271, da das Geschäft, welches der Klagsache zum Grunde liegt, ein Handelsgeschäft ist, keinem Zweifel unterliegen, ebensowenig aber kann der Mangel der Registrirung dieses Vereins nach Außen einen Grund zur Zurückweisung der Klage abgegeben, das Erste nicht, weil dieses Gebrechen höchsten die Folge haben könnte, den Verein zur Registrirung zu verhalten; das Zweite nicht, weil diese Einwendung gegen die passive Legitimation des Beklagten, so wie die Beurtheilung der Rechtsfolgen, welche die von F. Feigel als den vom Kläger zur Annahme der Klage namhaft gemachten Bevollmächtigten des geklagten Consumvereins verfügte Zustellung habe, der Verhandlung der Streittheile vorbehalten bleiben muß *).

---

*) Aus Anlaß dieses Rechtsfalles wurde von Dr. R. von Schweidler (a. a. O.) bemerkt, daß im Falle des Mangels einer statutarisch festgesetzten Vorsteherschaft im Namen des Vereins jedes Mitglied zu handeln als berechtigt angesehen werden muß, welches Dritten gegenüber im Namen des Vereines handelt. Allein mit Recht wird dagegen bemerkt (von H. Götze, k. k. Landesgerichtsrathe, a. a. O., S. 207), daß, wenn sich der Kläger an den Verein halten will, er ja auf den Beweis der Passivlegitimation des Vereinsvertreters bedacht sein muß, zu welchem Behufe nichts erübriget, als die Bestellung eines Curators, dessen

Digitized by Google

Art. 278.

Das Zugeständniß, **bis zu** einem bestimmten Tage keine Execution zu führen, ist für eine Frist zu verstehen, welche erst mit dem genannten Tage endiget.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 3. Jan. 1867, Z. 33 (Allgem. österr. Gerichtszeitung, S. 60 und Gerichtshalle, S. 79).

A. Augeski hatte wider Bierbaumer die wechselrechtliche Zahlungsauflage erwirkt und sohin auf Ersuchen des Bierbaumer, der

---

Pflicht es sein wird, den Verein zu vertreten, ihn durch eine den öffentlichen Blättern eingeschaltete Bekanntmachung von der Klage in Kenntniß zu setzen und sonstige zweckdienliche Schritte vorzukehren.

Was dagegen die ebenda behandelte Frage nach der Registrirungspflicht der Consumvereine betrifft, so dürfte sich zunächst der Unterschied als wichtig, erweisen, ob der Consumverein die für den Haushalt seiner Mitglieder erforderlichen, durch ihn im Großen und an directer Quelle zu möglichst billigen Preisen herbeigeschafften Gegenstände nur wieder an Vereinsmitglieder oder auch an andere Personen abläßt. Im ersten Falle kaufen die Mitglieder des Vereins und nur diese von den Bestellten des letzteren, d. h. von sich selbst. Die rohesten Anfänge der Consumvereine, die sich ursprünglich auf wenige Familien beschränkten, zeigen dieß in deutlicher Weise. Wer die Waare anschafft, verbraucht sie auch. Der Begriff des Kaufmannes ist daher auf solche Vereine nicht anwendbar. Sobald jedoch der Consumverein auch Käufer zuläßt, welche seine Mitglieder nicht sind, ist er regelmäßig als Kaufmann zu betrachten, und bei genügend ausgedehntem Geschäftsbetriebe auch registrirungspflichtig. In diesem Falle bringt nämlich der Consumverein sämmtlichen Käufern gegenüber die allgemeinen Marktpreise des Kleinverkaufes in Aufrechnung, und bezieht somit einen Unternehmungsgewinn, welcher den Mitgliedern, wie ersichtlich, nicht im einzelnen Falle des Einkaufes, sondern nur durch Anwachs des Vereinsvermögens oder durch andere Vortheile zugewendet wird. Selbst wenn eine Differenz des allgemeinen und des vom Consumverein Allen gemachten Preises nachgewiesen wäre, müßte an dieser Anschauung festgehalten werden, falls jene unbedeutend und nur den Zweck hätte, den rascheren Umsatz des Capitals und so die Vergrößerung des Gewinnes herbeizuführen. Sollte ein Consumverein zwar alle Käufer zulassen, jedoch in den Preisen einen Unterschied darnach machen, ob der Käufer ein Vereinsmitglied sei oder nicht, dann dürfte die kaufmännische Natur eines solchen Vereines vollends wider allen Zweifel erhoben sein. In allen diesen Fällen ist das sog. Wohlthätigkeitsmoment ausgeschlossen. Das letztere, somit auch der Mangel der Gewinnabsicht, wäre aber vorhanden, wenn der Verein grundsätzlich nicht nur seinen Mitgliedern, sondern auch, soweit eben seine Mittel reichen, Jedermann die Eingangs erwähn-

Digitized by Google

sich passiv fühlte und einen außergerichtlichen Ausgleich mit seinen Gläubigern anstrebte, in Berücksichtigung dieser Momente und in der Absicht, die sonst von Bierbaumer in Aussicht gestellte sofortige Eröffnung des Ausgleichsverfahrens hintanzuhalten, mit schriftlichem Revers vom 26. August 1866 zugestanden, „daß er mit der Executionsführung bis 28. September 1866 zuwarten werde." An diesem Tage schrieb der Procurist des Bierbaumer an Augeski, daß „mit dem heutigen Tage der Revers außer Kraft getreten ist," und er sich erklären möge, ob er weiterhin zuwarten wolle. Augeski gab hierauf keine Antwort und gab auch dem persönlich anfragenden Procuristen keine bestimmte Erklärung, wies letzteren vielmehr an seinen Rechtsfreund. Mit diesen Verhandlungen wurde der Tag hingezogen, und als Abends der Procurist im Begriffe stand, zum Rechtsfreunde seines Gegners zu gehen, kam in Begleitung des Gerichtsvollziehers dessen Solicitator und nahm, unter Nichtbeachtung der Proteste des Procuristen, einen großen Theil des Bierbaumer'schen Waarenlagers in Pfändung und Sperre. Bierbaumer eröffnete am folgenden Tage das Ausgleichsverfahren und die Ausgleichsmasse suchte mit Berufung auf den gedachten Revers um Erkenntniß an, daß die geführte Execution nicht zu Recht bestehe.

Das Handelsgericht Wien erkannte die Execution als zu Recht bestehend aus folgenden Gründen:

Durch die von Augeski gefertigte Erklärung vom 26. August 1866 hat derselbe zugesichert, daß er bis 28. September 1866 mit allen Executionen inne halten werde. Nachdem derselbe nun am 28. September die Execution vollziehen ließ, so dreht sich die Streitfrage um die Auslegung der Worte: „bis zum 28. September 1866," und ob durch Stilisirung des Satzes in der Erklärung der Executionsführer erst am 29. September Execution führen durfte,

ten Waaren um Preise ablassen würde, welche eben wegen des Mangels eines Unternehmungsgewinnes als künstlich erniedrigt bezeichnet werden müßten.

Ueber die Registrirungspflicht der Consumvereine läßt sich somit nicht im Allgemeinen, sondern nur im einzelnen Falle entscheiden. Sie können Wohlthätigkeitsvereine oder auf das Princip der Selbsthilfe ausschließlich oder endlich neben dieser mit der Absicht des Gewinnes errichtet sein.

Hiermit dürfte auch das Maß gegeben sein, auf welches die Behauptung „jede Anschaffung eines Consumvereines sei ein Handelsgeschäft" zurückzuführen ist.

Digitized by Google

oder hierzu schon am 28. September berechtigt war. Es muß nun ausgesprochen werden, daß nach grammatikalischer Auslegung des Wortes „bis" sowie nach allgemeinem Sprachgebrauche dasselbe eine exclusive Bedeutung hat, somit im gegebenen Falle der 28. September exclusive gemeint war. Aber selbst wenn man annimmt, daß die Auslegung der Bedeutung dieses Wörtchens eine zweifelhafte wäre, so ist nach allgemeinen juridischen Grundsätzen, insbesondere nach den Bestimmungen des allg. b. G.-B.s anzunehmen, daß im Zweifel bei vorliegendem Falle die strenge Interpretation zu Gunsten des Executionsführers eintreten müsse.

Die Analogie des § 915 des a. b. G.-B. *), dann der im ganzen Gesetze sich durchziehende Grundsatz der größtmöglichsten Freiheit des Eigenthums (Eigenthum hier im weiteren Sinne genommen) sprechen hiefür. Durch die Zahlungsauflage hat nämlich Augeski das Recht erlangt, nach drei Tagen nach erfolgter Zustellung dieser Zahlungsauflage mit der Execution vorzugehen. Von diesem seinen gesetzlichen Rechte auf Executionsführung ist nun Augeski freiwillig auf einige Zeit abgestanden, er hat somit auf sein Recht bis zu einem gewissen Zeitpunkte verzichtet. Es muß demnach im Zweifel die strengere Auslegung zu seinen Gunsten stattfinden und ausgesprochen werden, daß mit Eintritt des 28. Septembers, beziehungsweise mit Ablauf des 27. Septembers sein gesetzliches Recht auf Executionsführung wieder auflebte.

Uebrigens muß noch weiter bemerkt werden, daß selbst nach den Angaben des Klägers die Zuwartung des Executionswerbers als eine unentgeldliche angesehen werden muß, denn die Vergütung der rechtskräftig zuerkannten Forderung an Gerichtskosten und Provision kann doch nicht als eine gegentheilige, unentgeldliche Leistung angesehen werden; es tritt somit jedenfalls die Bestimmung des § 915 des a. b. G.-B.s zu Gunsten des Augeski in Anwendung. Die Aufhebung der Gerichtskosten ist damit begründet, daß die Vermögensverwaltung der Vergleichsmasse des Executen wegen der Zweifel-

*) § 915 des allg. bürgl. Gesetzbuches lautet:

„Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat."

Digitized by Google

haftigkeit des Falles allen Grund hatte, im Interesse der Vergleichsmasse die richterliche Entscheidung anzurufen.

Auf Recurs der Ausgleichsmasse erklärte das Wiener Oberlandesgericht die Execution als nicht zu Recht bestehend.

Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß der in der Erklärung des Augeski vom 26. August 1866 bezeichnete 28. September 1866 als Endtermin des Zuwartens mit der vom Schuldner beabsichtigten Ausgleichung aufzufassen, und die Versicherung, „bis 28. September 1866 keine Execution zu führen," dahin zu verstehen ist, daß Augeski nicht länger als bis 28. September innehalten wollte. Diese Auslegung rechtfertigt sich durch den Sprachgebrauch, indem Augeski ja nicht sagen wollte, wann er „nämlich am 28. September wieder Execution zu führen berechtigt sein solle," sondern nur ausdrücken wollte, „wie lange er sich der Executionsführung enthalte;" wenn er also zu diesem Ende den 28. September nannte, so ist dieser Tag in der Zeit, durch welche er die Executionsführung unterlassen will, begriffen; der im § 915 a. b. G.-B. vorausgesetzte „Zweifel" ist nicht vorhanden, da zur Auslegung jener streitigen Stelle der Sprachgebrauch zu Gebote steht, während der § 915 nur Anwendung hat, wenn andere Hülfsmittel zur Auslegung mangeln.

Der im Schreiben des Procuristen vom 28. September 1866 vorkommende Ausdruck: „der Revers vom 26. August ist heute außer Kraft getreten," widerspricht obiger Auslegung nicht, da er in jeder Richtung incorrect stilisirt ist, und eher dahin verstanden werden kann, „der Revers tritt mit Ablauf des heutigen Tages außer Kraft," indem er, wenn er die Ansicht des Augeski unterstützen sollte, lauten müßte: „der Revers ist gestern (mit Ablauf des gestrigen Tages) außer Kraft getreten." Uebrigens hat Augeski das Gesuch um executive Mobilarpfändung schon am 24. September überreicht, wozu er auf keinen Fall nach seiner Erklärung berechtigt war, da unter dem Ausdrucke „Execution führen" zunächst das Ansuchen um die Bewilligung der Pfändung zu verstehen ist, indem dieses Ansuchen als der erste Schritt zur Executionsführung sich darstellt. Es war hiernach die am 28. September 1866 vorgenommene Execution als nicht zu Recht bestehend zu erkennen. Der Spruch im Kostenpunkte ist dem Recurrenten ohnehin möglichst günstig.

Diese Entscheidung wurde auf Revisionsrecurs des Augeski in

Digitized by Google

dritter Instanz bestätigt und zwar aus den obergerichtlichen Gründen und in der Erwägung, daß im allgemeinen Sprachgebrauche die Bedeutung des Wortes „bis" nicht festgestellt ist, daher häufig durch Beifügung der Worte „einschließlich" oder „ausschließlich" oder ein anderes näher bestimmt wird, was im vorliegenden Falle aber nicht geschah; daß weiters die Absicht des Contrahenten offenbar dahin ging, das Zustandekommen des Ausgleichs zu erleichtern, und deshalb mit der Execution zuzuwarten, daher die Auslegung gegen den Recurrenten zu geschehen hat.

Art. 310.

Der Art. 310 hat auch im Falle des richterlichen Pfandes Anwendung*).

Erkenntniß des österr. obersten Gerichtshofes vom 5. Febr. 1867, Z. 782 (Gerichtshalle, S. 138).

Der Handelsmann A. Zahler hatte gegen den Handelsmann B. Riegl wegen einer Handelsforderung von 1000 Fl. die executive Pfändung und Schätzung der beweglichen Güter des Letzteren erwirkt. Später verfiel B. Riegl in Concurs und A. Zahler suchte nun bei dem Wiener Handelsgerichte um executive Feilbietung dieser Effecten außerhalb des Concurses im Sinne des Art. 309 und 310 des H.-G.-B.s an, wurde jedoch mit seinem Begehren abgewiesen, „da die Erfordernisse der bezeichneten Artikel des H.-G.-B.s nicht vorhanden seien."

Das Wiener Oberlandesgericht dagegen änderte diesen angefochtenen Bescheid dahin ab, daß die executive Feilbietung der bezüglichen Fahrnisse außer dem Concurse bewilliget werde, denn wenn auch die Art. 309 und 310 auf den vorliegenden Fall nicht passen, so ist doch nach Analogie des Art. 312 H.-G.-B. die Bestimmung der früheren Mercantilgesetze (Art. XLIII der W.-O. vom 1. October 1763)*), zufolge welcher den Forderungen der Kaufleute das Vorrecht eingeräumt war, auf bewegliche Sachen des Schuldners, auf die sie vor Ausbruch des Concurses ein richterliches

*) Siehe dieses Archiv III. Bd., S. 67; IV. Bd., S. 302; VII. Bd., S. 147; IX. Bd., S. 85 und X. Bd., S. 240.

**) Siehe dieses Archiv, Bd. X, S. 241.

Digitized by Google

Pfandrecht erworben haben, die Execution außer dem Concurse durchzuführen, noch als geltend zu betrachten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese obergerichtliche Entscheidung und zwar in Erwägung, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 44 des Einführungsgesetzes zum H.-G.-B. *) das Recht aus dem kaufmännischen Faustpfande im Falle des Concurses in jener Weise und mit derselben Wirkung, wie außerhalb desselben, geltend gemacht werden kann, und auch der Concursmasse-Vertreter zu verständigen ist; daß in dem vorliegenden Falle nach Art. 4 des H.-G.-B.s Gläubiger und Schuldner als Kaufleute anzusehen sind, und die Forderung nach Art. 271, Z. 1 aus beiderseitigen Handelsgeschäften entsprungen ist; daß es für die Anwendbarkeit des Art. 310 H.-G.-B. keinen Unterschied machen kann, ob das Pfand freiwillig vom Schuldner selbst, oder in Folge gerichtlicher Execution aus dem Vermögen desselben bestellt worden ist, indem in beiden Fällen eine nach § 449 allg. b. G.-B. **) gleiche Wirkung habende Pfandbestellung erfolgt, daß aber in dem gegenwärtigen Falle sogar auch über die Pfandbestellung in dem gerichtlichen Vergleiche eine ausdrückliche Vereinbarung stattgefunden hat, und daß der Begriff eines nach § 448 allg. b. G.-B. ***) nur den Gegensatz zum Grundpfande bildenden Faustpfandes und somit die Anwendung des Art. 310 des H.-G.-B.s auch nicht durch die Innehabung der gepfändeten Fahrnisse bedingt erscheint, nachdem das Pfandrecht auch ohne solche Innehabung nach § 350 †) allg. b. G.-B. und § 342 a. G.-O. ††) wirklich erworben wird.

*) Ebenda III. Bd., S. 68.

**) Ebenda S. 70.

***) § 448 des allg. b. Gesetzbuchs lautet:

„Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehre steht. Ist sie beweglich, so wird sie Handpfand, oder ein Pfand in engerer Bedeutung genannt; ist sie unbeweglich, so heißt sie eine Hypothek oder ein Grundpfand."

†) Siehe dieses Archiv, X. Bd., S. 242.

††) § 342 der allgem. Gerichtsordnung lautet:

„Der Gerichtsbeamte, welcher die Pfändung vorzunehmen hat, soll bei eigener Dafürhaftung, alsobald ihm die Auflage zugestellt wird, sich mit dem Kläger oder dessen Gewaltträger zu dem Beklagten begeben, ihm eine Abschrift der verwilligten Pfändung zustellen und die zu pfändenden Güter genau beschreiben, wodurch der Kläger auf solche ein wirkliches Pfandrecht erlangt."

Digitized by Google

Art. 313. 314 und 315.

Der Spediteur ist berechtigt, auf die ihm zur Spedition übergebene Waare im Falle des Art. 314 ein Zurückbehaltungsrecht aus Forderungen geltend zu machen, welche ihm gegen einen zweiten Kaufmann aus zwischen ihnen beiderseitigen Handels-, wenn auch nicht Speditions-Geschäften zustehen.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 21. November 1866, Z. 10036 (Allgem. österr. Gerichtszeitung, 1867, Z. 97).

Der Handelsmann Josef Anreiter besorgte für den Handelsmann Wenzel Bargner die Versendung von Waaren an Ignatz Engel, den er hiervon verständigte, allein die Ausfolgung an selben sistirte, weil während des Transportes das Vergleichsverfahren *) über Bargner war eröffnet worden, und er, Anreiter, für obige Waaren bereits Vorschüsse gemacht hatte. Für diese machte er sich durch öffentliche Feilbietung der Waaren bezahlt, nahm aber auch den Rest des Erlöses für eine ältere Buchforderung an Bargner im Betrage von 117 Fl. in Anspruch, und bat mittelst Klage wider die Vergleichsmasse des Bargner um Anerkenntniß dieses Retentionsrechtes.

Die erste Instanz gab diesem Begehren statt, weil die Forderung von 117 Fl. für richtig erkannt wurde, aus einem Handelsgeschäfte entstanden, die Waare nie in das Eigenthum des Ignatz Engel übergegangen, sondern stets zur Verfügung des Anreiter geblieben und dieser zur Sistirung der Uebergabe an Engel nach § 402 H.-G.-B. berechtiget war. Dieser Sistirung stand auch nach dem letzten Absatz des Art. 314 H.-G.-B. die von Anreiter übernommene Verpflichtung, das Gut an Engel zu spediren, nicht im Wege, weil eben vier Tage nach Absendung gegen Bargner das Ausgleichsverfahren eröffnet wurde, was im Geiste des H.-G.-B.s dießfalls dem Concurse gleich zu stellen ist. Der Kläger hat auch die Vergleichsmasse von der Ausübung des ihm zustehenden Retentionsrechtes benachrichtigt, und war daher

*) Siehe dieses Archiv, VII. Bd., S. 144.

Digitized by Google

nach Art. 315 H.-G.-B., weil er für seine Forderung in anderer Weise keine Sicherheit erlangt hat, befugt, den Verkauf der Waare auch zu dem Ende zu verlangen, um sich für seine ältere Handlungsforderung von 117 Fl. zahlhaft zu machen.

Das Oberlandesgericht ging jedoch auf den Haupteid über ein vom Kläger angegebenes Uebereinkommen, daß er die Waare erst nach Berichtigung aller seiner Forderungen auszufolgen verbunden sein solle, ab. Denn nachdem Kläger die Waare nur zur Spedition übernommen, so ist sein Retentionsrecht blos nach den über ein Speditionsgeschäft bestehenden Bestimmungen zu beurtheilen, wo nach Art. 382 des H.-G.-B.s dem Spediteur durchaus kein Pfand- oder Retentionsrecht auf die zur Spedition übernommenen Waaren bezüglich solcher Forderungen zusteht, welche er aus früherem Verkehre zu stellen hat.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen: Es ist außer Zweifel, daß dem Kläger die Forderung von 117 Fl. zusteht, und daß dieselbe aus den beiderseitigen Handelsgeschäften entstanden ist. Das im Art. 382 des H.-G.-B.s dem Spediteur eingeräumte Retentionsrecht kann der Kläger zwar nicht geltend machen, weil er nicht nachgewiesen und auch nicht behauptet hat, daß obige Forderung zu den in diesem Artikel bezeichneten gehöre, vielmehr selbst nur im Allgemeinen angibt, daß dieselbe aus früheren Handelsgeschäften herrühre. Allein er ist allerdings berechtigt, das dem Kaufmanne nach Art. 313 H.-G.-B.s zustehende Zurückbehaltungsrecht auszuüben, obgleich ihm die Waare mit dem bestimmten Auftrage, sie an Engel abzuliefern, übergeben wurde, weil hier die Bestimmung des Art. 314 H.-G.-B.s eintritt, indem der Schuldner nach geschehener Uebernahme der Waare zur Spedition in das Ausgleichsverfahren gerieth. Demnach ist der Ausweis eines besonderen Uebereinkommens, welchen das Obergericht verlangt, nicht nothwendig.

Art. 323.

a. Daraus, daß der Assignatar die von dem Assignaten ausgehende Aufforderung, diesen statt des Assignanten als Schuldner anzunehmen, unbeant-

Digitized by Google

wortet ließ, kann die Annahme der Assignation von Seite des Assignatars nicht gefolgert werden.

b. Auch die Aeußerung des Assignatars, diese Aufforderung zur Kenntniß genommen zu haben, ja selbst dessen an den Assignatar gerichtete Aufforderung zu zahlen, lassen für sich allein den Schluß auf die Annahme der Assignation nicht zu. Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 5. December 1866, Z. 10746 (Allgem. österr. Gerichtszeitung, 1867, S. 89).

Aus Anlaß der Uebernahme des Geschäftes des A. Eisler von Seite des B. Baumgartner richtete der letztere an F. Teweles, als Gläubiger des A. Eisler, ein Schreiben, in welchem er ihm mittheilte, daß er jenes Geschäft mit allen Activen und Passiven übernommen habe. Eisler beantwortete das Schreiben nicht, jedoch theilte dessen Geschäftsreisender dem Baumgartner mit, Eisler habe das Schreiben zur Kenntniß genommen, und nach einiger Zeit forderte Eisler den Baumgartner auf, die betreffende Schuld zu zahlen.

Ueber die nicht erfolgte Zahlung schritt Teweles bei dem Handelsgerichte in Wien gegen A. Eisler mit Klage auf Zahlung ein. Dieser wendete die eingetretene Assignation ein und das Handelsgericht erkannte auf den Haupteid, daß Teweles das Notificationsschreiben des Baumgartner erhalten habe.

Hingegen gab das Oberlandesgericht in Wien dem Klagebegehren unbedingt und aus folgenden Gründen statt: Der Geklagte verweigert die Zahlung des als richtig zugestandenen Forderungsbetrages des Klägers blos deshalb, weil an seine Stelle Baumgartner als Schuldner getreten ist, eine Assignation in Ansehung dieser Schuld stattgefunden hat, die durch allseitige Zustimmung vollständig geworden sei. Die vom Kläger als Forderungsberechtigtem geschehene Zustimmung zu dieser Assignation kann aber nicht in dem bloßen Erhalte eines Notificationsschreibens des Baumgartner an Teweles, dahin lautend, daß er das Geschäft des A. Eisler mit allen Activen und Passiven übernommen habe, gelegen sein, weil hierin blos ein Antrag des Baumgartner zur Zahlung der Schulden des A. Eisler liegt, dessen Annahme oder Ablehnung dem Teweles freistand. Daß von demselben die Ablehnung oder Annahme aus-

Digitized by Google

drücklich erfolgte, hat A. Eisler nicht behauptet, das bloße Stillschweigen über das Notificationsschreiben des Baumgartner aber kann nicht als eine Zustimmung zu dem gestellten Antrage desselben erkannt werden, da er keine Verpflichtung zur Beantwortung hatte, und das bloße Stillschweigen nur dann als Zustimmung aufzunehmen ist, wenn eine Verpflichtung zur ausdrücklichen Aeußerung bestanden hätte, was nicht der Fall ist. Der vom ersten Richter zugelassene Haupteid, welcher blos den Empfang des Notificationsschreibens beweisen würde, kann also zur Entscheidung nicht führen. Daß die Behauptung des Geklagten, der Geschäftsreisende des Eisler habe erklärt, daß der letztere die Geschäftsübernahme mit Activen und Schulden durch Baumgartner ohne Anstand zur Kenntniß genommen habe, zur Entscheidung ungeeignet sei, wurde bereits in den erstrichterlichen Gründen erörtert. Wenn jedoch, wie Geklagter behauptet, Eisler den Uebernehmer der Handlung des Geklagten im März 1865, also bald nach der Handlungsübernahme, zur Zahlung des hier eingeklagten Saldo aufgefordert hat, so kann auch hierin eine Zustimmung des Forderungsberechtigten zur Uebernahme der Zahlungspflicht des A. Eisler durch Baumgartner nicht gefunden werden, weil hierin eine bestimmte Erklärung des Forderungsberechtigten nicht liegt, daß er mit der Assignation einverstanden war. Es ist daher auf den dem Kläger dießfalls anfgetragenen und von ihm angenommenen Haupteid nicht abzugehen und der Geklagte unbedingt zur Zahlung des richtig erkannten Schuldbetrages zu verhalten.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das obergerichtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen: Die stillschweigende Willenserklärung setzt nach § 863 des allg. b. G.-B.s*) solche Handlungen oder auch Unterlassungen voraus, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, an dem zu manifestirenden Willen zu zweifeln, übrig lassen. Wenn nun wirklich Baumgartner dem Eisler ein Notificationsschreiben des Inhalts, daß er das Geschäft des Geklagten mit allen Activen und Passiven übernommen habe, zugesendet, und wenn wirklich Teweles dieses Schreiben auch erhalten hat, so kann die Unterlassung der Beantwortun

*) Siehe dieses Archiv, X. Bd., S. 251.

Digitized by Google

desselben jedenfalls nicht als ein solcher Act angesehen werden, aus welchem nothwendig und zweifellos die Einwilligung des Teweles, rücksichtlich der Schuld des Geklagten an dessen Stelle den Baumgartner als Schuldner und Zahler anzunehmen, gefolgert werden müßte, da ja diese Unterlassung ebensogut auch die Auslegung zuließe, daß er auf den in jener Anzeige enthaltenen Antrag des Baumgartner, ihn anstatt des Geklagten für die Schuld des letzteren als Zahler anzunehmen, nicht eingehe, und dadurch jene Geschäftsübertragung sein Verhältniß zu seinem ursprünglichen Schuldner nicht geändert wissen wollte, worüber sich ausdrücklich auszusprechen ihm zwar freigestanden, aber nicht obgelegen war. Daraus, daß, wie der Geklagte durch den Haupteid zu erweisen anbot, Teweles nach Empfang des erwähnten Notificationsschreibens den Baumgartner um die Berichtigung der Schuld des Geklagten von 122 Fl. angegangen habe, folgt gar nichts für die Beurtheilung der Frage, ob er sich an Baumgartner halten mußte; und ebenso ist die angebliche Aeußerung des Handelsreisenden des Teweles, daß dieser die Mittheilung der von Seite des Baumgartner erfolgten Uebernahme des Geschäftes sammt Activen und Passiven des Geklagten ohne Anstand zur Kenntniß genommen habe, völlig unentscheidend, da in der bloßen Kenntnißnahme einer erhaltenen Anzeige noch keinerlei Willensäußerung in Betreff der dadurch berührten eigenen Rechte, und am wenigsten ein Aufgeben von Rechten gelegen ist. Das Gesagte genügt, um das schon nach seiner eigenen Begründung gerechtfertigte obergerichtliche Erkenntniß als zur Bestätigung geeignet zu erkennen.

Art. 324 flg.

a. Die mit der eigenhändigen Unterfertigung versehene Bestätigung des Kaufmanns über eine ihm gemachte Waarenlieferung genügt zum Beweise der empfangenen Waare.

b. Daher sind die Anordnungen des gemeinen Rechtes über die bei Schuldverschreibungen zu beobachtenden Förmlichkeiten auf solche Empfangsbestätigungen nicht anwendbar.

Digitized by Google

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 16. Mai 1866, Z. 4125 (Gerichtshalle, 1867, S. 115).

Ludwig Tauer, Kaufmann in Wien, klagte wider Josefa Lukſch, Kaufmannswitwe daselbst, als Universalerbin ihres verstorbenen Ehegatten Kaspar, auf Zahlung von 314 Fl. 50 Kr. für am 7. August und 7. Dec. 1861 ihm gelieferte Waare, wofür die Zahlung in 6 Monaten hätte erfolgen sollen. Die Beklagte widersprach die Lieferung, wandte die Verjährung des Beweises des klägerischen Handelsbuches ein, und producirte eine Quittung des Klägers v. 10. Juni 1863, laut welcher sich derselbe von dem Facturapreise im August 1862 für dem Lukſch gelieferte Waare ein Guthaben des Lukſch von 44 Fl. abziehen ließ, daher eine Schuld des Lukſch im Betrage von 314 Fl. 50 Kr. aus dem Jahre 1861 nicht mehr bestanden haben könne.

Kläger brachte drei Empfangsbestätigungen des Lukſch über die in Frage stehende Waare vor, und bemerkte, daß die Zugestehung des Guthabens von 44 Fl. am 10. Juni 1863 auf einem Irrthume beruhe, und die Bestätigung ohne Einsicht der Bücher erfolgt sei. Dagegen machte die Beklagte geltend, daß nach dem Handelsgebrauche der Kaufmann, welcher eine Factura über eine spätere Lieferung nicht nur quittirt, sondern auch ein Guthaben des Abnehmers sich abrechnen läßt, mit gleichartigen früheren Ansprüchen für befriedigt gilt.

Das Handelsgericht in Wien hat den Kläger abgewiesen, weil der Conto verjährt sei, und der Beklagten als beim Vorgange der entscheidenden Thatsachen nicht zugegen gewesenen Erbin der Haupteid nicht aufgetragen werden könne.

Das Oberlandesgericht in Wien hat aber den Beweis durch Augenschein und Sachverständige über die Echtheit der Unterschrift der Empfangsbestätigung, betreffs der Waarenlieferung, mittelst Vergleichung der Handschriften zugelassen, und dieses Urtheil wurde auch vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen bestätigt. Die Erheblichkeit des vom Oberlandesgerichte zugelassenen Beweises der Echtheit der drei von dem Kläger producirten Empfangsbestätigungen folgt schon daraus, daß es sich um die Bezahlung von Waaren handelt, deren Empfang darin von Kaspar Lukſch, in dessen Verpflichtungen die Beklagte getreten ist, bestätigt erscheint, und daß die Beklagte die Lieferung dieser Waaren widersprochen hat. Ist die Unterschrift jener Urkunden echt, so genügen dieselben

Digitized by Google

zum Beweise des Waarenempfanges, da es hiezu der Förmlichkeiten einer Schuldverschreibung nicht bedarf. Daß diese Urkunden auf eben jene Waaren, deren Bezahlung in der Klage angesprochen wird, sich beziehen, kann, da Gattung und Qualität und im Wesentlichen auch Lieferzeit und Preis ganz zusammentreffen, nicht wohl bezweifelt werden. Was die Einwendung der Beklagten betrifft, daß jeder Beweis einzelner Lieferungen für den Bestand einer Forderung des Klägers ganz unentscheidend ist, weil es darauf ankomme, ob er im Ganzen weniger an Zahlung empfangen, als er Waaren gegeben habe, und daß nach der von ihr producirten Urkunde Kaspar Lukſch einen Rest von 314 Fl. 50 Kr. aus dem Jahre 1861 nicht mehr schuldig gewesen sein könne, so behebt sich diese Einwendung schon dadurch, daß jedenfalls die erfolgte Bezahlung über die vom Kläger dem Kaspar Lukſch gelieferte Waare nicht bewiesen ist, die aus der Bestätigung der Bezahlung einer verspäteten Lieferung und eines bestandenen Guthabens des Kasper Lukſch abgeleitete Vermuthung aber, daß auch die in Frage stehenden Waaren schon bezahlt seien, doch einen Gegenbeweis zuläßt, und die Beklagte als Witwe und Erbin des Kaspar Lukſch keine Person ist, welcher in dieser Richtung ein Haupteid nicht aufgetragen werden kann. Hierbei ganz davon abgesehen, daß nach dem Handlungsbuche des Klägers, dessen Beweiskraft allerdings erloschen ist, die von ihm angesprochene Forderung auch aus der Vergleichung aller seit dem Jahre 1861 gemachten Lieferungen und Zahlungen sich ergeben würde, da Kläger darüber, warum er ein Guthaben des Kaspar Lukſch von 44 Fl. gelten ließ, Aufklärung gegeben und den Beweis angeboten hat, und daß die Beklagte die Bezahlung einer widersprochenen Lieferung nicht wohl behaupten kann.

Art. 324 und 345.

Das angenommene Offert, eine Waare franco nach einem bestimmt bezeichneten Orte zu liefern, macht den letzteren zum vertragsmäßig festgesetzten Orte der Erfüllung.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 1. August 1866, Z. 6846 (Gerichtshalle, S. 132).

Johann Sommer, Kaufmann in Wr.-Neustadt, klagte wider die

Digitized by Google

Handlungsfirma Neroni in Verona auf Schadenersatz von 572 Fl. auf Grund eines Lieferungsvertrages. Die beklagte Firma erhob die Einwendung der Gerichtsunzuständigkeit, weil der Umstand, daß Katinelli, Bevollmächtigter der geklagten Firma, die Waare „franco Wr.-Neustadt" offerirte, nicht der Willensmeinung der Parteien gleichgehalten werden kann, daß Wr.-Neustadt als Erfüllungsort zu gelten habe; da aus dem Art. 345 H.-G.-B. sich nicht ergebe, daß daraus, daß der Verkäufer die Zahlung der Versendungsauslagen übernommen hat, für sich allein schon folge, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, als Erfüllungsort gelte; da vielmehr jene gesetzliche Bestimmung klar ausspreche, daß in dem Anbote der Lieferung franco Wr.-Neustadt und einer Annahme dieses Offertes noch keine Willensmeinung der Parteien in der vom Kläger behaupteten Richtung zu Stande gekommen; da der Art. 324 H.-G.-B., welcher festsetzt, daß jener Ort als Erfüllungsort gilt, wo der Verpflichtete zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung, oder, in deren Ermangelung, seinen Wohnort hatte, hier keine Anwendung finde, indem Kläger aus den von ihm behaupteten Vertrage nicht verpflichtet, sondern berechtigt war.

Das Kreis- als Handelsgericht in Wr.-Neustadt hat der Einwendung der Incompetenz stattgegeben, und zwar aus obigen Betrachtungen, und weil, wenn der Umstand, daß Kläger in Wr.-Neustadt seine Handlungsniederlassung hat, bewirken würde, daß nach der Natur des Geschäftes Wr.-Neustadt als Erfüllungsort gelten müßte, der 2. Absatz des Art. 324 nie zur Anwendung kommen könnte; weil, wenn der Umstand, daß eine Waare an denjenigen Ort abzuliefern ist, wo der Käufer z. B. ein industrielles Etablissement besitzt, bewirken würde, daß nach der Natur des Geschäftes jener Ort als Erfüllungsort zu gelten hat, der besagte 2. Absatz des Art. 324 Handelsgesetzbuches ganz überflüssig wäre, denn wenn nach der Natur des Geschäftes jener Ort, wo der Berechtigte seine Handelsniederlage hat, stets als Erfüllungsort anzusehen ist, auf jenen Ort, wo sich die Handelsniederlassung des Verpflichteten befindet, nie abgegangen werden könnte; weil auch nach der Absicht der Contrahenten im vorliegenden Falle Wr.-Neustadt nicht als Erfüllungsort anzusehen ist, indem eine Willensmeinung beider Streittheile oder selbst des Klägers und der angeblich bevollmächtigen-

Digitized by Google

den Firma dahin, daß W.-Neustadt der Erfüllungsort wäre, nicht vorliege; weil die Legitimation des Katinelli zum Vertragsabschlusse hier nicht geprüft zu werden braucht, da selbst, wenn derselbe zur Abgabe jener Erklärungen, welche Kläger behauptet, Namens der geklagten Firma ermächtigt angesehen wird, aus den behaupteten Angaben der vom Kläger gezogene Schluß nicht folgt, und weil demnach die im § 43 Jurisdictions-Norm*) festgesetzten Bestimmungen nicht eintreten, der erhobenen exceptio fori also Folge gegeben werden muß.

Das Oberlandesgericht in Wien hat dagegen die Einwendung des ungehörigen Gerichtsstandes verworfen; da die Waare mit dem ausdrücklichen Beisatze „franco Wr.-Neustadt" offerirt und dieses Offert angenommen worden ist, und die Worte nicht in dem beschränkten Sinne ausgelegt werden können, als ob die Verkäufer hiermit blos die Zahlung der Kosten oder Auslagen der Versendung bis Wr.-Neustadt übernommen hätten, sondern, da jedem der beiden Worte seine volle Bedeutung beigemessen und daher angenommen werden muß, daß die Zusendung der Waare franco und nach Wr.-Neustadt angeboten worden sei; da daraus sich vielmehr ergibt, daß der Verkäufer durch sein Offert die Verbindlichkeit übernommen hat, die Waare zu dem bedungenen Preise auf seine Gefahr und Rechnung nach Wr.-Neustadt an den Kläger zu liefern; weßhalb auch der Letztere bei der Annahme des Offertes blos die fragliche Zusendung verlangte, ohne sich über die dem Verkäufer zustehende Bestimmung der Versendungsart weiter auszusprechen; da demzufolge Wr.-Neustadt als der durch Annahme des Offerts vertragsmäßig festgesetzte Ort der Erfüllung anzusehen ist, eben dadurch der Gerichtsstand des Vertrages begründet erscheint; da der Umstand, daß das Offert nicht von dem Beklagten unmittelbar, sondern von seinem Handelsagenten ausgegangen ist, dieser Annahme nicht entgegenstehen kann, indem, insoweit es sich um den Umfang des demselben ertheilten Mandates, und insbesondere um eine angebliche Vollmachtsüberschreitung bei dem Abschlusse des vorliegenden Geschäftes handelt, die Frage dem Hauptprocesse vorbehalten bleiben müsse.

In der Revisionsbeschwerde wurde unter anderem aufgeführt, daß es logisch und juridisch unrichtig sei, die durch einem Vertrag

*) Siehe dieses Archiv, IX. Bd., S. 88.

Digitized by Google

begründete Competenz als vorhanden anzunehmen, und doch die Existenz dieses Vertrages einer späteren Erörterung und Entscheidung vorzubehalten; daß aus dem Zusammenhange, in dem die Worte „franco Wr.-Neustadt" mit den anderen Bestimmungen des Offertes, und dieses selbst mit dem Preiscurrante stehe, unzweifelhaft erhelle, daß diese Worte nur ein Theil der Preisbestimmung seien.

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch das oberlandesgerichtliche Urtheil.

Gründe:

Anton Neroni hat dem Kläger 100 Ctr. dreiblättrigen Kleesamen, zu 26½ Fl. und 50 Ctr. Luzerner, zu 28½ Fl. in Silber, franco Wr.-Neustadt, Säcke separat berechnet, gegen 4 Monat Accept oder 2% Sconto offerirt. Den Worten „franco Wr.-Neustadt" kann nach ihrer natürlichen Bedeutung kein anderer Sinn beigelegt werden, als daß der Antrag gemacht wurde, die obige Waare um den angesetzten Preis kostenfrei, mit Ausnahme der besonders zu berechnenden Säcke, nach oder in Wr.-Neustadt zu liefern. Dieser Auslegung steht auch die in dem producirten Preistarif enthaltene Bestimmung „frachtfrei bis Oedenburg" nicht entgegen, übrigens der Preistarif bei Auslegung des Offertes bezüglich des dasselbe enthaltenden Briefes gar nicht in Betracht zu ziehen ist, da sich in diesem Briefe auf den Preistarif nicht berufen wird.

Daß bei einer kostenfreien Zusendung der Waare der Ort der Zusendung auf den Preis der Waare von Einfluß sei, hat allerdings seine Richtigkeit. Hieraus folgt aber noch keineswegs, daß, wie in der Revisionsbeschwerde behauptet wird, die Worte „franco Wr. Neustadt" nur einen Theil der Preisbestimmung bilde; es hätte vielmehr für den Fall, als durch die Worte „franco Wr. Neustadt" nicht Wr. Neustadt als Ort der Lieferung bezeichnet werden wollte, in dem Offerte insbesondere Verona, oder ein anderer Lieferungsort bezeichnet werden müssen. Nachdem nun der Kläger den Antrag angenommen hat, in diesem Antrage aber, wie oben erwähnt, Wr. Neustadt ausdrücklich als Ort der Lieferung benannt ist, so erscheint auch die Zuständigkeit des Kreisgerichts zu Wr. Neustadt begründet. Die Frage aber, ob zwischen dem Kläger und der beklagten Firma ein Vertrag zu Stande gekommen sei, gehört offenbar zur Hauptsache,

Digitized by Google

worüber erst nach Entscheidung dieses Incidenzstreites der als competent erkannte Richter abzusprechen haben wird.

Art. 325.

Die von Seite des Schuldners ausgehende Erklärung, sich am Wohnsitze des Gläubigers einfinden und die Forderung begleichen zu wollen, schließt das verbindliche Versprechen, sich wirklich auszugleichen oder zu zahlen im Allgemeinen, oder wohl gar insbesondere am Orte des angesonnenen Ausgleichs zu zahlen, nicht in sich.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 17. Oct. 1866, Z. 8056 (Gerichtshalle, 1867, S. 51).

Die Ausgleichsmasse Salomon Zisler klagte beim Handelsgerichte in Wien wider Salomon Wenzel und Jakob Popper auf Zahlung von 251 Fl. für besorgte Wollgeschäfte. Die Zuständigkeit des Gerichts wurde dadurch begründet, daß die Beklagten sich zur Zahlung in Wien solidarisch verpflichteten; was jedoch von den Beklagten widersprochen und die Gerichtsunzuständigkeit eingewendet wurde. Der Kläger führte aber an, daß den Beklagten der Conto zugeschickt, und mit einem weiteren Schreiben die Gesammtforderung bekanntgegeben wurde, und daß einige Zeit darauf Jakob Popper in das Comptoir des Klägers nach Wien kam und dem Procuraführer Ferdinand Zisler erklärte, er habe 8 bis 10 Tage in Wien zu thun, werde herkommen und die Forderung begleichen; was alles von der Gegenseite in Abrede gestellt wurde.

Das Handelsgericht in Wien hat der exceptio fori stattgegeben, weil die Erklärung des Popper, selbst wie Kläger sie anführe, keine vertragsmäßige Verpflichtung zur Zahlung in Wien begründen würde.

Das Oberlandesgericht in Wien hat aber die besagte Einwendung verworfen; weil Popper sich verpfichtet habe, über die Forderung sich in Wien zu verrechnen, oder auch hier gerichtlich Rede und Antwort zu geben oder sie hier zu bezahlen.

Digitized by Google

Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch das Urtheil der ersten Instanz aus folgenden

Gründen:

Die Aeußerung des Mitgeklagten Jakob Popper, wie sie hier von dem Geklagten zugestanden wird, kann keinesfalls als die Zuständigkeit des Wiener Handelsgerichtes begründend angesehen werden, weil Popper damit vorläufig nur jede bindende Erklärung ablehnte, und sich höchstens verpflichtete, in 8 bis 10 Tagen wieder zu erscheinen. Die Aeußerung, die Angelegenheit dann „vielleicht" auszugleichen, kann einem Versprechen, sich wirklich auszugleichen, ja sogar zu zahlen, und am Orte des Ausgleichs zu zahlen, nicht gleichgehalten werden. Aber auch wenn die hingeworfene Aeußerung des Jakob Popper, wie der Kläger behauptet, dahin gelautet hätte, daß er gelegentlich seiner nächsten Anwesenheit in Wien die Forderung begleichen werde, könnte man nicht wohl sagen, daß in einem Vertrage Wien ausdrücklich als Zahlungsort bestimmt worden sei, und es könnte, abgesehen davon, daß der Kläger gar nicht behauptete, die Zahlung in Wien bedungen zu haben, und daß in der Erscheinung des Popper auch für den erst geklagten Wenzel ein verbindlich machendes Verhältniß nicht klar vorliegt, es sich aber um die Gerichtszuständigkeit wider beide Beklagte handelt, die Gerichtszuständigkeit von dem über den Wortlaut der Aeußerung, wie sie Popper nach Angabe der Kläger gemacht haben soll, den Beklagten aufgetragenen Haupteide auch darum nicht abhängig gemacht werden, weil Popper, wenn er das Versprechen, die eingeklagte Forderung in Wien zu begleichen, gegeben hätte, dadurch zugleich auch den Bestand der Schuld bereits anerkannt haben müßte, während doch der Bestand und die Anerkennung der eingeklagten Forderung erst Gegenstand der Entscheidung im Hauptprocesse sein wird.

Art. 371. 374 und 375.

Im Falle der nach den Art. 374 und 375 stattfindenden Veräußerung der Commissionswaaren kann der Commissionär einen Anspruch auf die Commissionsgebühr von der dieser Veräußerung unterzogenen Waare nicht erheben.

Digitized by Google

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 19. December 1866, Z. 11164 (Gerichtshalle, 1867, S. 74).

A. Wesseli in Königinhof hatte dem B. Großmann in Wien Waaren zum Commissionsverkauf übersendet und sich mit Schreiben vom 9. Februar 1866 verpflichtet, wenn der Verkauf der in Commission übergebenen Waaren bis zu einer gewissen Zeit nicht gelungen sein sollte, die erübrigende Waare gegen Erlag des entfallenden Vorschusses inclusive der $2^1/_2$ % Provision und Spesen zu übernehmen.

A. Wesseli verfiel später in Concurs und B. Großmann brachte sohin gegen den Concursmassevertreter bei dem Wiener Handelsgerichte ein Gesuch ein, in welchem er um Feilbietung der in seinen Händen befindlichen gegentheiligen Commissionswaaren bat, da er wider A. Wesseli bereits eine Saldoforderung von 18,321 Fl. habe.

Die Feilbietung wurde im Sinne der Art. 374 und 375 des H.-G.-B.s bewilligt, und dem Feilbietungscommissär der Auftrag ertheilt, von dem zu erzielenden Erlöse einen Betrag bis zur Höhe der Forderung von 18,321 Fl. an den Feilbietungswerber auszufolgen, einen etwaigen Mehrbetrag jedoch zu hinterlegen. Die Waaren wurden um 21,411 Fl. veräußert, hiervon obige Forderung berichtigt und der Rest in das Wiener Civilgerichts-Depositenamt erlegt.

Hierauf bat nun B. Großmann von diesem Depositum von 737 Fl. 41 Kr. für $2^1/_2$ % Verkaufsprovision, Zinsen und Gebühren, dann einen weiteren Betrag für die zu bestimmenden Unkosten zu erfolgen. Das Wiener Handelsgericht ordnete hierüber vorerst Tagsatzung unter Zuziehung beider Theile an.

Ueber den Recurs des B. Großmann verordnete jedoch das Wiener Oberlandesgericht ohne Vernehmung des Gegners mit der Erledigung des Gesuches vorzugehen, weil der Art. 310 H.-G.-B. ein vorläufiges Gehör des Schuldners ausschließt, und es dem Handelsgerichte zusteht, jene Posten, welche es als nicht gehörig bescheinigt ansieht, oder in Ansehung welcher es einen rechtlichen Anspruch dem Reccurenten nicht anerkennt, auszuscheiden.

Nunmehr bewilligte das Handelsgericht die Erfolglassung eines Theilbetrages von 349 Fl. ö. W. zur Berichtigung der 6 % Zinsen vom Betrage von 18,321 Fl. vom Tage der Anbringung des ursprünglichen Gesuches bis zu jenem der Forderungsberichtigung, dann zur Berichtigung der von dem Gesuchsteller bezahlten Gebühren an den

Digitized by Google

Feilbietungscommissär und der in Folge des öffentlichen Verkaufes der Commissionswaaren aufgelaufenen Kosten. Hingegen wurde B. Großmann mit dem weiteren Begehren um Erfolglassung eines bestimmten Betrages für Verkaufsprovision abgewiesen.

Gegen letztere Abweisung ergriff B. Großmann den Recurs. Das Wiener Oberlandesgericht bestätigte jedoch die Abweisung, weil das Schreiben des A. Wesseli vom 9. Februar 1866 nicht als genügende Bescheinigung des Anspruches auf Provision angesehen werden kann, indem der Verkauf der Waaren mittelst öffentlicher Versteigerung stattgefunden hat, für welchen Fall in dem Schreiben keine Bestimmung getroffen ist.

Auch der oberste Gerichtshof bestätigte im außerordentlichen Revisionswege die Abweisung, weil der Verkauf der öffentlich feilgebotenen Waaren nicht mehr im Vollzuge des dem Recurrenten übertragenen Commissionsgeschäftes, sondern nur zu seiner Befriedigung mit den ihm aus dem Commissionsgeschäfte erwachsenden Ansprüchen erfolgte, und die in dem Briefe vom 9. Februar 1866 enthaltene Zusicherung nicht dahin ausgedehnt werden kann, als ob dem Recurrenten schon mit der Uebernahme der Waare zum Commissionsverkaufe der Anspruch auf die $2^1/_2$ % Provision erwachsen wäre.

Art. 380.

Es ist gestattet, das im Art. 380 bezeichnete Maß der Haftung des Spediteurs sowie die darin ausgesprochene Beweislast vertragsmäßig zu beschränken.

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 4. September 1866, Z. 7378 (Gerichtshalle, 1867, S. 195).

Die Gebrüder Brünner klagten wider das Handlungshaus Ohmer auf Ersatz von 154 Fl. für den durch angebliche Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Aufbewahrung des Gutes entstandenen Verlust von 784 Pfund Zollgewicht Petroleum. Nach durchgeführtem Zeugenbeweise über die vom Beklagten bei Aufbewahrung des Petroleums gebrauchte Sorgfalt und einem Kunstbefunde über die Beschaffenheit des Aufbewahrungsortes erkannte das Landes- als Handelsgericht in Innsbruck auf Abweisung des Klagebegehrens; weil mit dem producirten

Digitized by Google

Briefe vom 1. October 1864 der Beklagte erklärte, sich gegen den Kläger für das Ausrinnen des ihm zugesendeten Petroleums weder für die Vergangenheit noch Zukunft verantwortlich zu machen; weil, wenn Kläger nach dem eingestandenen Empfange dieses Briefes an den Geklagten im Februar 1865 dennoch 10 Fässer Petroleum gesendet hat, angenommen werden muß, daß Kläger sich auch den Bedingungen des Beklagten gefügt, daher die Art. 380. 387 und 367 H.-G.-B. auf Letzteren keine Anwendung finden, und nicht der Beweis der erforderlichen Sorgfalt dem Beklagten, sondern vielmehr der Beweis des Verschuldens dem Kläger obliegt, welchen Beweis jedoch derselbe nicht erbrachte. Aber auch abgesehen von obiger Annahme und selbst zugegeben, daß die ausdrücklich gemachte Ablehnung der Verantwortlichkeit von Seite des Beklagten nur dahin gedeutet werden könne, daß er sich dafür insofern nicht verantwortlich machen lasse, als das Ausrinnen ungeachtet der Anwendung der ihm nach den erwähnten Gesetzesstellen obliegenden Sorgfalt erfolgen sollte — für welchen Fall jedoch obige Verwahrung sich als völlig überflüssig herausstellen würde — und angenommen daher, daß dem Beklagten als Spediteur der Beweis über die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes oblag, erscheint dieser Beweis nunmehr auch wirklich hergestellt, indem erwiesen wurde, daß Beklagter das Petroleum im nämlichen Locale wie seinen eigenen Branntwein und Spiritus ablagerte, indem ferner die Zeugen bestätigen, daß bei den Petroleumfässern öfters nachgesehen wurde, so wie daß selbe an warmen Tagen öfters mit Wasser begossen worden seien, und indem endlich, laut des von Sachverständigen abgegebenen Gutachtens, das fragliche Locale so beschaffen war, daß ein Spediteur durch Hinterlegung und Aufbewahrung von Petroleum in demselben selbst durch mehrere Monate die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes angewendet habe, mit Rücksicht auf obige durch die Zeugen erwiesenen Vorsichten. Unterstützend dafür spricht auch sogar der am 20. Mai 1865 über die nämlichen Fässer Petroleum im Magazin des J. E. Payer, wohin selbe am 15. Mai übertragen worden waren, aufgenommene Befund, nach welchem diese Fässer nach äußerlichem Ansehen im ordentlichen Zustande waren, doch aber ungeachtet der sichtlich erst vor Kurzem angetriebenen Reife und ungeachtet an der Einlagerung in diesem

Digitized by Google

Magazin des Payer nichts gerügt werden konnte, fortwährend Oel ausrann, so daß der Boden des Magazins damit getränkt war. Endlich ist auch nicht unerwähnt zu lassen, daß Petroleum notorisch ein Handelsartikel ist, bei dem gewöhnliche Vorsicht nicht ausreicht, so daß selbst Eisenbahnen eben wegen seiner außergewöhnlichen Flüchtigkeit keinerlei Garantie beim Transporte übernehmen. Aus diesen Gründen mußte Kläger abgewiesen werden.

Das Oberlandesgericht zu Innsbruck hat den Beklagten blos zur Zahlung von 52 Fl. 45 Kr. verurtheilt.

Gründe:

In Erwägung, daß die auf den § 967 b. G.-B.*) gestützte Einwendung der Verjährung zufolge Art. 386 H.-G.-B. unstatthaft ist, und ebenso der Haupteid der Schlußrede über den angeblichen Inhalt eines nicht gelegten Briefes unentscheidend ist;

in Erwägung, daß der Spediteur zufolge Art. 387 H.-G.-B. gleich einem Commissionär für Verlust und Beschädigung des Gutes, während er Aufbewahrer desselben ist, verantwortlich ist, wenn er nicht beweiset, daß diese durch Umstände herbeigeführt wurden, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abgewendet werden konnten;

in Erwägung, daß an dieser dem Beklagten bezüglich der in der Rede stehenden 6 Fässer Petroleum obliegenden Verantwortung durch dessen Schreiben nichts geändert wurde, da er selbst zugibt, vor diesem Schreiben gehalten gewesen zu sein, die vorerwähnte Sorgfalt bezüglich der bis dahin zur Spedition übernommenen Partien Erdöl anzuwenden, und daher der natürliche Sinn des Schreibens, womit er sowohl für die Vergangenheit, als auch für die Zukunft die Verantwortlichkeit für das Ausrinnen von Flüssigkeiten ablehnte, nur dahin gedeutet werden kann, daß er sich dafür insofern nicht verantwortlich machen lasse, als das Ausrinnen ungeachtet der Anwendung der ihm erwähnten Gesetzesstellen zufolge obliegenden Sorgfalt

*) Die hierher gehörige Stelle des § 967 des allg. b. G.-B.s lautet:

„Die wechselseitigen Forderungen des Verwahrers und Hinterlegers einer beweglichen Sache können aber nur binnen dreißig Tagen von Zeit der Zurückstellung angebracht werden."

Digitized by Google

erfolge, keineswegs aber dahin, daß er bezüglich künftig dieser Sorgfalt sich enthoben betrachtet wissen wollte;

in Erwägung, daß zwar in Folge des dem Geklagten günstigen Kunstbefundes bezüglich des gewählten Aufbewahrungsortes demselben ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden kann; daß er jedoch den Beweis nicht geliefert hat, bezüglich aller in Rede stehenden 6 Fässer auch diejenige Sorgfalt angwendet zu haben, welche ihm bezüglich der Erhaltung der Gebünde im guten Stande, respective Ausbesserung der etwa schadhaft gewordenen im Sinne des H.-G.-B.s und der duplicando auch auf Grund specieller Aufforderung einbekannter Verbindlichkeit oblag, vielmehr der Umstand, daß der Oelverlust bei den einzelnen Fässern kein gleichmäßiger, sondern bei einzelnen ein ganz unverhältnißmäßiger war, klar und unwiderleglich beweiset, daß weder natürlicher Calo, noch heiße Jahreszeit, noch das längere Lagern in einem für das Speditionsgeschäft bestimmten Aufbewahrungsorte derlei Verluste herbeigeführt haben konnte, da diese Umstände bei allen 6 Fässern den gleichen Procentualverlust herbeigeführt haben müßten, und somit Beklagter es offenbar theilweise an der nöthigen Sorgfalt ermangeln, nämlich die schadhaft gewordenen Gebünde nicht gehörig untersuchen und ausbessern ließ;

in Erwägung, daß, wenn auch, bei Bewerthung des dieser Fahrlässigkeit zuzuschreibenden Oelverlustes, der dem Beklagten günstigste Maßstab, nämlich die Annahme, daß der bei einem bestimmt bezeichneten Fasse eingetretene Abgang von $11^{11}/_{100}$ Procent als natürlicher Calo zu betrachten sei, zu Grunde gelegt wird, sich bei den übrigen Fässern ein nicht gerechtfertigter, nämlich diesen Calo übersteigender Verlust von 587 Pfund Zollgewicht ergeben würde, welcher dem Rinnen wegen schadhafter Beschaffenheit dieser Gebünde zuzuschreiben ist;

in Erwägung, daß, wenn von diesem Abgange weitere 50 Pfund abgezogen werden, auf welche in der Einrede vom Beklagten der Verlust bei J. E. Payer vom 15. bis 20. Mai 1865 bewerthet wurde, der erstliche Abgang von 537 Pfund Zollgewicht anstatt der eingeklagten 159 Fl., welche für 784 Pfund Zollgewicht angesprochen wurden, der Betrag von 150 Fl. 30 Kr. als Grundlage des einer Ersatzpflicht unterliegenden Verlustes sich ergibt;

Digitized by Google

in Erwägung, daß jedoch § 1304 a. b. G.-B.*) zu Gunsten des Beklagten anwendbar ist, weil die Kläger jedenfalls theilweise schadhafte Gebünde übersendet haben dürften, und die der Verflüchtigung besonders unterliegende und eine ganz besondere Sorgfalt erheischende Waare ungebührlich lange auf dem Lager des Spediteurs liegen ließen, und es bei vorausgegangener Verwahrung desselben jedenfalls Pflicht des im April nach Innsbruck gekommenen Klägers gewesen wäre, nachzusehen, ob wegen dieser Fässer nicht besondere Vorsorge zu treffen sei, so konnte nur die Hälfte des einem Verschulden zuzuschreibenden Verlustes dem Beklagten als zu ersetzender Schaden auferlegt werden.

Der oberste Gerichtshof hat über die außerordentliche Revisionsbeschwerde des Beklagten das Urtheil der ersten Instanz zu bestätigen befunden.

Gründe:

Nachdem der Beklagte in dem unwidersprochenen Briefe vom 15. October 1864 dem Kläger ausdrücklich erklärt hat, daß er sich für das Ausrinnen von Flüssigkeiten weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft verantwortlich machen lasse, die Kläger aber darauf in ihrem Antwortsschreiben vom 25. October 1864 kein Bedenken erhoben, sondern ihm noch Petroleum zur Beförderung zugesendet, und somit diese Erklärung stillschweigend und thatsächlich angenommen haben; nachdem dadurch im Sinne des § 863**) und 914 a. b. G.-B.***) eine bestimmte Willensmeinung der Parteien erzielt und nicht mehr widerrufen war;

nachdem in Folge derselben rechtsverbindlichen Willensmeinung für den Beklagten der Art. 380 des H.-G.-B.s keine Anwendung

*) § 1304 des allg. b. G.-B.s lautet:

„Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnißmäßig, und wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen."

**) Siehe dieses Archiv, X. Bd., S. 251.

***) § 914 des allg. b. G.-B.s lautet:

„Die in Hinsicht auf die Auslegung der Gesetze angeführten allgemeinen Regeln gelten auch für die Verträge. Insbesondere soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, daß er keine Widersprüche enthalte und von Wirkung sei."

Digitized by Google

mehr hatte, weil sonst ein solches, wenn auch erlaubtes Parteiübereinkommen doch unwirksam würde;

nachdem auch abgesehen davon, für den Beklagten durch Zeugen und durch den Befund von Sachverständigen, welchen der klägerische Vertreter vorläufig die geeigneten Einwendungen gemacht hat, gerichtsordnungsmäßig erwiesen vorliegt, daß die Petroleumfässer von einem Bindermeister untersucht und von anderen hierzu beauftragten Personen mit Wasser begossen worden sind, die Beschaffenheit des Aufbewahrungsmagazins aber auf das Ausrinnen gar keinen Einfluß gehabt hat; und

nachdem also für den Beklagten sogar im Sinne des oben bezogenen Art. 380 die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes spricht, von den Klägern aber für ein Verschulden des Beklagten nach § 1296 des a. b. G.-B.s*) ein Beweis weder geliefert noch angeboten, nebstbei aber für irgend einen Entschädigungsbetrag auch die Menge des in der Zeit vom 15. bis 20. Mai verlorenen Petroleums unbekannt war, mußte in Stattgebung der Revisionsbeschwerde des Beklagten das erstrichterliche Urtheil, womit das unbegründete Klagebegehren abgewiesen wurde, bestätigt werden.

Art. 382.

Zu den nach Art. 382 (1. Absatz) dem Spediteur gebührenden Beträgen gehören auch die Entlohnung des Rechtsfreundes und der Ersatz der Kosten für die nothwendig gewordenen gerichtlichen Schritte und der öffentlichen Veräußerung, sowie die Stempelgebühr für die nach erfolgter Befriedigung des Spediteurs auszustellende Quittung und endlich im Falle der Abwesenheit des letzteren vom Orte der Veräußerung, eine Provision für den im Interesse des Spediteurs einschreitenden Intervenienten und das Postporto für die übersendete Geldsendung.

---

*) § 1296 des allg. b. G.-B.s lautet:

„Im Zweifel gilt die Vermuthung, daß ein Schaden ohne Verschulden eines Anderen entstanden sei."

Digitized by Google

Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 10. Oct. 1866, Z. 9269 (Gerichtshalle, 1867, S. 43).

Anton Heller in Linz übernahm für die Wiener Firma Salomon Zettel die Spedition von 52 Ballen Schafwolle an die Gebrüder Wärndorf nach Prag, sistirte aber die Ablieferung und ließ die Wolle zu seiner Verfügung bei Johann Bockhuber einlagern, um sich, nachdem Salomon Zettel die Zahlungen einstellte, für seine auf die Wolle gegebenen Vorschüsse von 5230 Fl. und sonstigen Ansprüche zahlhaft zu machen.

Anton Heller erwirkte auf Grund der Art. 382. 387. 310 und 374 und der §§ 44. 45 und 47 des Einf.-Gesetzes zum H.-G.-B.*) die öffentliche Feilbietung der 52 Ballen Schafwolle, welche vom Handelsgerichte Prag vorgenommen wurde. Aus dem Erlöse von 7000 Fl. wurden dem Heller zu Handen der Prager Filiale der Creditanstalt 5839 Fl. ausbezahlt, und nach Berichtigung der Spesen des Johann Bockhuber und mehrerer Feilbietungskosten verblieb dann noch der Betrag von 852 Fl., der beim Handelsgerichte Prag erlegt wurde.

Nun schritt Heller noch um Erfolglassung weiterer 177 Fl. 85 Kr. ein, nämlich 11 Fl. 23 Kr. an Expensen seines Vertreters, 70 Fl. an Quittungsstempeln; 14 Fl. 55 Kr. an Provision der Creditanstalt; 7 Fl. 56 Kr. Postporto für die erhaltene Geldsendung, an Gebühren des Notars für die Feilbietung 10 Fl. 50 Kr. und für das Einschreiten um Erfolglassung 14 Fl. 1 Kr. Die Erfolglassung wurde auch mit Erledigung des Bezirksgerichtes Linz und des Oberlandesgerichtes Wien bewilliget.

In dem a. o. Revisionsrecurse wurde dagegen geltend gemacht, daß den Quittungsstempel der Empfänger zu tragen habe; daß die Intervenirung der Creditanstalt nicht nothwendig gewesen sei, und daß die reccurirenden Gebrüder Wärndorf, da ihnen das Kostenver-

*) §§ 44 und 47 siehe in diesem Archive, Bd. III, S. 68.

§ 45 lautet: „Der im Falle des vorhergehenden Paragraphes sich etwa ergebende Ueberschuß des Erlöses ist an die Concursmasse abzuführen; der Anspruch wegen eines etwaigen Ausfalles dagegen ist bei der Concursmasse geltend zu machen, und findet auch hierüber die Bestimmung des § 31 Anwendung." (Siehe diesen im X. Bde., S. 207 dieses Archivs.)

Digitized by Google

zeichniß nicht zugestellt wurde, nicht in der Lage seien, die einzelnen Posten zu bemängeln.

Allein der oberste Gerichtshof hat diesen a. o. Recurs als ungegründet zurückzuweisen befunden; „weil," besagen die Gründe, „der Anspruch des Heller, daß ihm alle Kosten und Verwendung aus dem Erlöse des zur Versendung übernommenen Gutes erstattet werden, im Art. 382 H.-G.-B. begründet ist, da er Kosten, für welche ihm die angefochtene Erfolglassung von 177 Fl. 85 Kr. bewilliget wurde, gehörig ausgewiesen hat, die Bestimmung derselben für den Recurrenten in keinem Punkte beschwerend erscheint, und insbesonders der Ersatz des Quittungsstempels und der Provision der Prager Filiale der Creditanstalt darin begründet ist, daß erstere Auslagen eben auch nur durch die öffentliche Feilbietung, mittelst welcher Heller sich zahlhaft machen mußte, herbeigeführt wurden, und die Anspruchnahme der Intervention der Creditanstalt durch seine Nichtanwesenheit am Orte der Feilbietung ihre Rechtfertigung findet.

Königreich Preußen.

Zwölfte Zusammenstellung.

Am 1. October 1867 ist in den Landestheilen, welche im Jahre 1866 mit der preußischen Monarchie vereinigt sind, die preußische Verfassung vom 31. Januar 1850 mit ihren Novellen in Kraft getreten. Damit hat die bisher im Wege königlicher Verordnungen angebahnte Assimilation dieser Landestheile einen vorläufigen Abschluß erhalten.

Ein kurzer Rückblick und Ueberblick über die zum Zwecke dieser Assimilation erlassenen Gesetze, königlichen Verordnungen und ministeriellen Verfügungen, soweit sie für das Handels- und Verkehrs-

Digitized by Google

Recht und für diese Zusammenstellungen von Rechtssprüchen preußischer Gerichtshöfe von Interesse sind, dürfte daher jetzt an der Zeit und am Orte sein, und soll nachstehend zu geben versucht werden.

Wir beginnen mit der politischen Einverleibung und Organisation, da solche zur Vollständigkeit des Gesammtbildes, und zur Vergleichung mit der Justiz-Organisation nicht unberücksichtigt bleiben konnte.

I. Organisation der Verwaltungs-Behörden.

Durch die Gesetze v. 20. Novbr. 1866 (Ges.-Sammlg., S. 555) und vom 24. Decbr. 1866 (Ges.-Sammlg., S. 875. 876) sind:

1. das vormalige Königreich Hannover,
2. das vormalige Kurfürstenthum Hessen,
3. das vormalige Herzogthum Nassau,
4. die vormals freie Stadt Frankfurt,
5. die Herzogthümer Schleswig und Holstein,
6. einige vormals bayerische Gebietstheile,
7. einige vormals großherzogl. hessische Gebietstheile

mit dem älteren Staatsgebiet der preußischen Monarchie vereinigt*). Diese Länder und Landestheile sind für die Verwaltung in folgender Weise zusammengelegt und organisirt:

A. Provinz Hannover, welche das ganze Gebiet des vormaligen Königreichs Hannover umfaßt, unter Verwaltung eines Ober-Präsidenten steht, einen provinzialständigen Verband bildet, in 37 Kreise unter je einem Kreishauptmann und 151 Amtsbezirke unter je einem Amtshauptmann eingetheilt ist. (Verordnungen vom 22. August, 12. September und 22. December 1867, Ges.-Sammlg., S. 1349. 1497. 1635.)

*) Das im Jahre 1865 durch den Vertrag von Gastein erworbene Herzogthum Lauenburg nimmt bis jetzt noch eine exceptionelle Stellung ein. Dasselbe ist noch nicht durch ein Gesetz mit der Monarchie vereinigt. Es ist bisher im vollen Besitz seiner bisherigen Verwaltungs- und Justizbehörden, seines materiellen und formellen Rechts geblieben. Auch das Handelsgesetzbuch ist dort noch nicht eingeführt. Doch ist neuerlich durch eine Allerh. Verordnung vom 5. Octbr. 1867 (Just.-Min.-Blatt, S. 406) das Ober-Appell.-Gericht zu Berlin zum obersten Gerichtshof für das Herzogthum bestellt.

Digitized by Google

B. Bezirk des Ober-Präsidiums zu Cassel, zu welchem gehören:

a) Regierungs-Bezirk Cassel, welcher das vormalige Kurfürstenthum Hessen und einige früher bayerische und großherzogl. hessische Gebietstheile umfaßt, unter der Verwaltung eines Regierungs-Präsidenten steht, einen communalständischen Verband bildet, und in 23 landräthliche Kreise mit Kreisständen zerfällt. (V.-O. vom 22. Februar, 9. und 20. September 1867, Ges.-Sammlg., S. 273. 1473. 1537.)

b) Regierungs-Bezirk Wiesbaden, welcher das vormalige Herzogthum Nassau, die vormals freie Stadt Frankfurt und einige bisher großherzogl. hessische Gebietstheile umfaßt, unter der Verwaltung eines Regierungs-Präsidenten steht, einen communalständischen Verband bildet, und in 12 landräthliche Kreise mit Kreisständen zerfällt. (V.-O. vom 22. Februar, 26. September 1867, Ges.-Sammlg., S. 273. 1653.)

C. Provinz Schleswig-Holstein, welche das Gebiet der Herzogthümer Schleswig und Holstein umfaßt, unter der Verwaltung eines Ober-Präsidenten steht, einen provinzialständischen Verband bildet, und in 20 landräthliche Kreise mit Kreisständen zerfällt. (V.-O. vom 22. September 1867, Ges.-Sammlg., S. 1581. 1587.)

II. Organisation der Justiz-Behörden.

1. Das vormals hessen-homburgische Oberamt Meisenheim ist dem Bezirke des Landgerichts Coblenz (V.-O. vom 13. Mai 1867, Ges.-Sammlg., S. 700), die vormals bayerische Enclave Kaulsdorf ist den Bezirke des Kreisgerichts zu Erfurt einverleibt. (V.-O. vom 22. Mai 1867, Ges.-Sammlg., S. 729.)

Alle übrigen neuen Landestheile haben eine mehr oder weniger selbstständige Justizorganisation behalten resp. erhalten.

2. In Frankfurt ist das dortige Stadtamt durch Allerh. Erlaß vom 4. Februar 1867 (Ges.-Sammlg., S. 118; Justiz-Min.-Blatt, S. 516) anderweit organisirt. Außerdem ist an Stelle des Ob.-Appell.-Gerichts zu Lübeck durch V.-O. vom 3. October und 19. November 1866 (Ges.-Sammlg., S. 606. 740) das Obertribunal zu Berlin zum höchsten Gerichtshof bestellt; und über das

Digitized by Google

Verfahren in Civilsachen vor dem Obertribunal die V.-O. vom 12. December 1866 (Ges.-Sammlg., S. 795) ergangen, deren Motive (Just.-Min.-Bl., 1867, S. 21) veröffentlicht sind. Im übrigen ist in Frankfurt die bisherige Gerichtsverfassung unverändert geblieben. Eine Darstellung derselben, einschließlich der jetzt eingetretenen Veränderungen, wird im Just.-Min.-Bl. (1867, S. 54 flg.) gegeben.

3. Für alle anderen neupreußischen Landestheile ist durch V.-O. vom 27. Juni 1867 (Ges.-S., S. 1103) unter der Benennung „Ober-Appellations-Gericht" zu Berlin ein gemeinschaftlicher oberster Gerichtshof errichtet, welcher am 1. September 1867 unter dem Präsidium des bisherigen Vice-Präsidenten des Ob.-App.-Gerichts zu Celle, Dr. Leonhardt, in Wirksamkeit getreten ist*).

Nur die Staatsverbrechen sind für den Umfang der ganzen Monarchie dem Kammergericht und dem Obertribunal zu Berlin zur ausschließlichen Untersuchung und Entscheidung überwiesen. (Gesetz vom 25. April 1853, Ges.-S., S. 162; V.-O. vom 25. Mai 1867, Ges.-S., S. 703; § 2, Nr. II V.-O. vom 27. Juni 1867, Ges.-S., S. 1104.)

Im Uebrigen sind die Gerichte I. und II. Instanz folgendermaßen organisirt:

a) Bezirk des Appellationsgerichts zu Celle, welches laut V.-O. v. 27. Jan. und 17. Aug. 1867, (Ges.-S., S. 1103. 1358) an die Stelle des früheren Ober-Appellations-Gerichts daselbst getreten ist, und dessen Zuständigkeit für das ganze Gebiet des vormaligen Königreichs Hannover behalten hat. Nur die Functionen des Straffenats und des Civil-Cassations-Senates des früheren Ober-Appell.-Gerichtes sind auf das Obertribunal übergegangen. — Sodann ist die Zuständigkeit der Obergerichte durch V.-O. vom 4. September 1867 (Ges.-S., S. 1444) auf verschiedene nichtprocessualische Angelegenheit ausgedehnt. — Abgesehen hiervon hat aber die gesammte Gerichtsverfassung des vormaligen Königreichs Hannover, von welcher im Just.-Min.-Blatt (1867, S. 323 flg.)

*) Dem am 15. Novbr. 1867 eröffneten preuß. Landtage ist inzwischen bereits ein Gesetzentwurf, betreffend die Vereinigung des Ober-Appellations-Gerichts mit dem Obertribunal vorgelegt worden.

Digitized by Google

ein Ueberblick gegeben wird, in Folge der Einverleibung keine Veränderung erfahren.

Anders in den jetzt folgenden Landestheilen, deren Gerichtsverfassung eine durchgreifende, dem altpreußischen System sich anschließende Organisation erhielt.

b) Bezirk des Appellationsgerichts zu Cassel, welches durch die V.-O. vom 26. Juni 1867 (Ges.-S., S. 1085) und die ministerielle Verfügung vom 8. August 1867 (Just.-Min.-Blatt, S. 221) für das vormalige Kurfürstenthum Hessen und die vormals bayerischen Gebietstheile zum Appellations-Gerichts bestellt ist. Demselben sind als Gerichte I. resp. II. Instanz 6 collegialisch eingerichtete Kreisgerichte (in Cassel, Fulda, Hanau, Marburg, Rintelen, Rotenburg) und 76 durch Einzelrichter entscheidende Amtsgerichte untergeordnet. Die frühere, im Just.-Min.-Blatt (1867, S. 29) dargestellte Gerichtsverfassung ist dadurch wesentlich geändert *).

c) Bezirk des Appellations-Gerichts zu Wiesbaden, welches durch V.-O. vom 26. Juni 1867 (Ges.-S., S. 1094) und ministerielle Verfügung vom 7. August (Just.-Min.-Blatt, S. 218) für das vormalige Herzogthum Nassau, und die vormals großherzogl. hessischen Gebietstheile zum Appellationsgericht bestellt ist. Demselben sind als Gerichte I. resp. II. Instanz 3 collegialisch formirte Kreisgerichte (zu Wiesbaden, Homburg und Dillenburg) und 33 durch Einzelrichter entscheidende Amtsgerichte untergeordnet. Auch hier ist die frühere, im Just.-Min.-Blatt (1867, S. 9 flg.) dargestellte Gerichtsverfassung wesentlich geändert.

d) Bezirk des Appellations-Gerichts zu Kiel, welches durch die V.-O. vom 26. Juni 1867 (Ges.-S., S. 1073) und die minist. Verfügung vom 6. August 1867 (Just.-Min.-Bl., S. 211) für das Gebiet der Herzogthümer Schleswig und Holstein zum Appellationsgericht bestellt ist. Demselben sind als Gerichte I. resp. II. Instanz 5 collegialisch formirte Kreisgerichte (zu Altona, Kiel, Itzehoe, Schleswig, Flensburg) und 86 durch Einzelrichter

*) Vergleiche auch die Darstellungen der kurhessischen Rechtspflege von Oelzen und Endemann in Hinschius, Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. in Preußen, Bd. I, S. 8 flg., 29 flg.

Digitized by Google

entscheidende Amtsgerichte untergeordnet. Da in den Elbherzogthümern noch Privat-Gerichtsbarkeit und eximirter Gerichtsstand bestand, und die Rechtspflege von der Verwaltung nicht vollständig getrennt war (vergleiche die Darstellung der bisherigen Gerichtsverfassung im Just.-Min. Bl., 1867, S. 123 flg., 186 flg.), so hat hier die durchgreifendste Umgestaltung stattgefunden. —

Hiernach werden die Zusammenstellungen von Erkenntnissen preußischer Gerichtshöfe in diesem Archive inskünftige folgenderwaßen eingetheilt und rubricirt werden:

I. Aus dem älteren Staatsgebiete der Monarchie (den Bezirken der 22 Appellations-Gerichte zu Arnsberg, Berlin, Breslau, Bromberg, Cöslin, Ehrenbreitenstein, Frankfurt a. O., Glogau, Greifswald, Halberstadt, Hamm, Insterburg, Köln, Königsberg, Magdeburg, Marienwerder, Münster, Naumburg, Paderborn, Posen, Ratibor, Stettin).

II. Aus dem Appell.-Ger.-Bezirk Frankfurt a. M.

III. Aus dem Appell.-Ger.-Bezirk Celle.

IV. Aus dem Appell.-Ger.-Bezirk Cassel.

V. Aus dem Appell.-Ger.-Bezirk Wiesbaden.

VI. Aus dem Appell.-Ger.-Bezirk Kiel.

III. Formelles und materielles Recht.

1. In die Enclave Kaulsdorf sind durch V.-O. v. 22. Mai 1867 (Ges.-S., S. 729) alle Gesetze und Verordnungen, welche in dem altpreußischen Kreise Ziegenrück Gesetzeskraft haben; in das vormalige Oberamt Meisenheim sind durch V.-O. vom 13. Juli und 20. Septbr. 1867 (Ges.-S., S. 700. 1534) alle Gesetze und Verordnungen, welche im westrheinischen Theile des Regierungs-Bezirks Coblenz Gesetzeskraft haben, eingeführt. Diese beiden Gebietstheile sind also in aller und jeder Beziehung mit dem älteren Staatsgebiete unificirt.

2. Für alle neuerworbenen Landestheile bestimmt die V.-O. vom 29. Jan. 1867 (Ges.-S., S. 139), daß die Gesetzeskraft jedes landesherrlichen Erlasses, sofern nicht darin der

Digitized by Google

Zeitpunkt der Gesetzeskraft besonders angegeben ist, mit dem zwölften Tage nach dem Ablaufe desjenigen Tages beginnt, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben ist.

3. Das preuß Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 mit den dasselbe ergänzenden und aufhebenden Gesetzen, und eine neue vollständige Strafproceß-Ordnung, welche sich an das bestehende altpreußische Verfahren anschließt, sind durch V.-O. vom 25. Juni 1867 (Ges.-S., S. 921) für die sämmtlichen neuen Appell.-Gerichts-Bezirke (Celle, Cassel, Wiesbaden, Kiel) eingeführt*). — Eine V.-O. vom 30. August 1867 (Ges.-S., S. 1412) regelt den Ansatz der Gerichtskosten uno Gebühren der Rechtsanwälte in Strafsachen. — Eine ministerielle Verfügung vom 21. October 1867 (Just.-Min.-Blatt, S. 365) betrifft die Amtsverwaltung der Staatsanwälte und Ober-Staatsanwälte, und deren Geschäftsverkehr mit den Gerichtsbehörden.

4. Das Verfahren in Civil-Processen ist im Bezirk des Appell.-Gerichts zu Celle unverändert geblieben. — Für die Bezirke der Appell.-Gerichte zu Cassel, Wiesbaden und Kiel ist dagegen eine V.-O. v. 24. Juni 1867 (Ges.-S., S. 885) erlassen, welche in 113 Paragraphen das Proceß-Verfahren normirt. Die V.-O. ist den altpreußischen V.-O. vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846, insbesondere aber der V.-O. vom 21. Juli 1849 (Ges.-S., S. 307) nachgebildet, welche letztere für die Bezirke des Appell.-Gerichts zu Greifswald und des Justizsenats zu Ehrenbreitenstein (in denen gemeines Recht gilt) erlassen war.

Der Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten und der Gebühren der Rechtsanwälte und Notare in Civilsachen ist für die Appell.-Gerichts-Bezirke Cassel, Wiesbaden und Kiel durch die V.-O. v. 30. August 1867 (Ges.-S., S. 1369. 1385. 1399) geregelt.

Die altpreußische Gesetzgebung über die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Competenz-Conflicte zwischen den Ge-

*) Vgl. auch den Erlaß vom 14. Septbr. 1867 (Ges.-S., S. 1552), betreffend die Aufstellung der Register der Geschwornen in Hannover und Schleswig-Holstein. — Im Bezirke des Appell.-Gerichts zu Frankfurt a. M. war das preuß. Strafrecht bereits früher theilweise eingeführt. V.-O. vom 12. Decbr. 1866 (Ges.-S., S. 787), V.-O. vom 25. Febr. und 11. Mai 1867 (Ges.-S., S. 279. 702).

Digitized by Google

richten und Verwaltungs-Behörden ist durch V.-O. vom 16. Septbr. 1867 (Ges.-S., S. 1515) in sämmtlichen neu erworbenen Landestheilen eingeführt.

5. Das materielle Handels- und Verkehrs-Recht hat in den einverleibten Landestheilen folgende Abänderungen erfahren:

Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch ist durch V.-O. vom 5. Juli 1867 (Ges.-S., S. 1133), zu welcher der Justizminister am 31. Aug. 1867 (Just.-Min.-Bl., S. 275) eine Instruction erlassen hat, in den Bezirk des Appell.-Gerichtes zu Kiel eingeführt.

Für den Bezirk des Appell.-Gerichts zu Celle ist über die Eintragung der vormals hannoverschen Schiffe in das Schiffs-Register, und die von ihnen zu führenden Register-Certificate die V.-O. vom 4. Jan. 1867 (Ges.-S., S. 77) erlassen; und ferner durch V.-O. vom 24. Juni 1867 (Ges.-S., S. 1165) die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften der altpreußischen Gesetze ausgesprochen.

Die in Art. 10. 11 des preuß. Einf.-Gesetzes zum H.-G.-B. vom 24. Juni 1861 (Ges.-S., S. 449) enthaltenen Vorschriften über Commandit-Gesellschaften auf Actien sind in sämmtlichen einverleibten Landestheilen (excl. der Enclave Kaulsdorf) durch V.-O. vom 24. Aug. 1867 (Ges.-S., S. 1645) eingeführt.

Für die vormals großherzogl. hessischen Gebietstheile ist durch Erlaß vom 31. Aug. 1867 (Ges.-S., S. 1456) die Vorschrift, daß die Veröffentlichung der sämmtlichen Eintragungen in das Handelsregister in der Darmstädter Zeitung erfolgen muß, außer Kraft gesetzt.

Das zunächst für die altpreußischen Provinzen erlassene Gesetz vom 27. März 1867 (Ges.-S., S. 501) über die privatrechtl. Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften*) ist im Gebiet des Appell.-Gerichts zu Celle durch V.-O. vom 12. Juli 1867 (Ges.-S., S. 1189) und ministerielle Instruction v. 10. Aug. 1867 (Just.-Min.-Bl., S. 252) — im Gebiet der Appell.-Gerichte zu Cassel und Wiesbaden durch V.-O. vom 12. August 1867 (Ges.-S., S. 1449) und Instruction vom 25. Septbr. 1867 (Just.-Min.-Bl., S. 335), — im Gebiet des Appell.-Gerichts zu Kiel

*) Abgedruckt in Busch, Archiv, Bd. XI, S. 200. (Siehe auch S. 405 das.)

Digitized by Google

durch V.-O. v. 22. Septbr. 1867 (Ges.-S., S. 1634) und Instruction vom 26. Octbr. 1867 (Just.-Min.-Bl., S. 379) eingeführt.

Die allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung ist durch V.-O. vom 13. Mai 1867 (Ges.-S., S. 669) in dem Bezirke des Appell.-Gerichts zu Kiel, durch V.-O. vom 13. Mai 1867 (Ges.-S., S. 737) in dem Bezirke des Appell.-Gerichts zu Cassel eingeführt. — Die in der Nürnberger Conferenz berathene Novelle zur Wechsel-Ordnung ist durch V.-O. v. 5. Juli 1867 (Ges.-S., S. 1108) im vormaligen Herzogthum Nassau eingeführt.

Die altpreußische Cab.-Ordre vom 17. Juni 1833 (Ges.-S., S. 75), betreffend die Befugniß zur Ausstellung von Inhaber-Papieren und deren rechtliche Natur, ist durch V.-O. vom 17. Septbr. 1867 (Ges.-S., S. 1518) auf sämmtliche neu erworbenen Landestheile ausgedehnt*). Desgleichen ist über die Außer- und Wieder-Incurssetzung der Inhaber-Papiere die V.-O. vom 16. Aug. 1867 (Ges.-S., S. 1457) ergangen**).

Die altpreußische V.-O. vom 12. Mai 1866 (Ges.-S., S. 225. Vgl. auch 1867, S. 30), welche die bestehenden Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinssatzes und der Höhe der Conventionalstrafen für Darlehen, zu deren Sicherheit nicht unbewegliches Eigenthum verpfändet wird, aufhebt — ist durch V.-O. vom 18. März 1867 (Ges.-S., S. 387) auf sämmtliche einverleibte Landestheile ausgedehnt***).

Im Gebiete des vormaligen Königreichs Hannover, Kurfürstenthums Hessen und Amtsbezirks Homburg sind durch V.-O. v. 29. März

*) In Braunschweig ist am 30. April 1867 eine ähnliche Verordnung erlassen.

**) In Oldenburg ist am 1. Mai 1865 eine ähnliche Verordnung ergangen.

***) Durch das inzwischen publicirte Bundesgesetz vom 14. Novbr. 1867 (Bund.-Ges.-Blatt, S. 159) sind für das ganze Gebiet des norddeutschen Bundes die Beschränkungen der vertragsmäßigen Zinsen ganz allgemein, auch für Hypothekforderungen, aufgehoben. Der § 1 dieses Gesetzes lautet: „Die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen und andere kreditirte Forderungen, ferner Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst creditirten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung. Die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen werden aufgehoben." — In Oesterreich ist am 14. December 1866 eine ähnliche Verordnung ergangen.

Digitized by Google

und 9. Aug. 1867 (G.-S., S. 423. 424. 1441) mehrere dort noch bestehende Beschränkungen des Handels- und Gewerbe-Betriebes aufgehoben.

In den Herzogthümern Schleswig und Holstein ist durch V.-O. vom 17. Jan. 1867 die preuß. Bank-Ordnung vom 5. October 1846 (Ges.-S., S. 435) und 7. Mai 1856 (Ges.-S., S. 342) eingeführt; ferner durch V.-O. v. 24. Juni 1867 (Ges.-S., S. 1113) die Gesetzgebung über die Ertheilung von Erfindungs- und Einführungs-Patenten, welche auf der am 21. Septbr. 1842 von den zum Zoll- und Handels-Vereine verbundenen Regierungen geschlossenen Uebereinkunft (Ges.-S., 1843, S. 265) beruht.

In sämmtlichen neu erworbenen Landestheilen (excl. Frankfurt und Kaulsdorf) sind durch V.-O. vom 24. Aug. 1867 (Ges.-S., S. 1427) die altpreußischen Gesetze über das Münzwesen, insbesondere das Münzgesetz vom 4. Mai 1857 (Ges.-S., S. 305) eingeführt, und dazu transitorische Bestimmungen erlassen.

Das altpreußische Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. Novbr. 1838 (Ges.-S., S. 505) ist durch V.-O. vom 19. August 1867 (Ges.-S., S. 1426) in sämmtlichen neu erworbenen Landestheilen eingeführt.

Das fürstlich Thurn und Taxis'sche Postwesen ist laut Vertrag vom 28. Jan. 1867 (Ges.-S., S. 354) vom 1. Juli 1867 ab auf den preußischen Staat übergegangen.

Die nachfolgende „zwölfte Zusammenstellung" enthält die seit 1. Mai bis 15. Novbr. 1867 uns eingesandten oder anderweit veröffentlichten Entscheidungen preußischer Gerichtshöfe*). Sie umfaßt 69 Rechtsfälle, von denen 29 uns als Original-Beiträge zugegangen sind, die übrigen 40 im Auszuge nach den dabei bemerkten Zeitschriften und Sammlungen mitgetheilt werden. Die Entscheidungen sind ergangen:

1. Vom Obertribunal zu Berlin (38 Entscheidungen).

*) Die vorhergehenden 11 Zusammenstellungen befinden sich Bd. I, S. 380—408; Bd. II, S. 148—200; Bd. III, S. 71—110. 358—385; Bd. IV, S. 311—349; Bd. V, S. 237—303; Bd. VI, S. 9—110; Bd. VII, S. 151—347; Bd. IX, S. 108—289; Bd. X, S. 304—438; Bd. XI, S. 214—350 dieses Archivs.

Digitized by Google

2. Von den Appell.-Gerichten zu Berlin (4), Frankfurt a. O. (1), Frankfurt a. M. (1), Hamm (2), Köln (9), Königsberg (4), Magdeburg (1), Naumburg (3), Stettin (2), Ungenannt (1).
3. Von den Stadt- und Kreisgerichten zu Berlin (6), Burg (1), Frankfurt a. M. (5), Spremberg (1), Stettin (2), Ungenannt (1).
4. Vom Stadtamt zu Frankfurt a. M. (4).
5. Vom Handelsgericht zu Königsberg (1).

I. Aus dem älteren Staatsgebiete der Monarchie.

(22 Appellations-Gerichte.)

Art. 1. (208.)

Eine nach den Gesetzen ihres Sitzes mit **juristischer Persönlichkeit** bekleidete **ausländische Actien-Gesellschaft** hat diese Eigenschaft, insbesondere das jus standi in judicio, auch in **Preußen**, ohne daß es einer landesherrlichen Genehmigung der Gesellschaft für Preußen bedarf.*)

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 8. März 1867. (Archiv für Civ.- und Crim.-R. d. Rheinprovinz, Bd. 60, Abthl. 1, S. 293.)

In Erwägung, daß sowohl zur Zeit der Gründung der Actien-Gesellschaft „Hammonia," wie zur Zeit der Anstellung der Klage, nach dem in Hamburg, dem Sitze der Hammonia, geltenden Rechte eine Actien-Gesellschaft zur Erlangung einer rechtlichen Existenz überhaupt, und insbesondere zur Erlangung der Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, einer Staatsgenehmigung nicht bedurfte;

daß die Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, lediglich ein Ausfluß der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit ist, die letztere aber nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen ist, an welchem die Gesellschaft, um deren Rechtsfähigkeit es sich handelt, begründet ist;

daß daher der klagenden Gesellschaft Hammonia die Fähigkeit,

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. I, S. 350; Bd. II, S. 140. 484; Bd. V, S. 1. 229; Bd. VII, S. 200; Bd. IX, S. 109. 131; Bd. X, S. 484.

Digitized by Google

ohne landesherrliche Genehmigung in Preußen vor Gericht stehen zu können, um so weniger bestritten werden kann, als der Art. 208 H.-G.-B. nur die Actien-Gesellschaften des Landes, in welchen das H.-G.-B. eingeführt wird, zum Gegenstande hat (Prot., S. 371), und keineswegs die Natur einer auch für ausländische Gesellschaften und deren rechtliche Existenz maßgebenden polizeilichen Bestimmung darstellt;

daß endlich der Mangel der Concession zum Geschäftsbetriebe innerhalb Preußens vom ersten Richter mit Recht für die vorliegende Frage als unerheblich erachtet ist, da es sich nicht von dem Anspruche aus einem seitens der Hammonia in Preußen abgeschlossenen Versicherungsgeschäfte, sondern von dem Anspruche aus der Betheiligung der Beklagten an jener Actien-Gesellschaft handelt; und das für ausländische Versicherungs-Gesellschaften bestehende Verbot, ohne Concession in Preußen Versicherungen abzuschließen, selbstredend nicht das Verbot umfaßt, daß preußische Staatsangehörige sich als Gesellschafter bei einer ausländischen Versicherungs-Gesellschaft betheiligen.

Art. 1.

Ein im **Auslande** ergangenes handelsgerichtliches **Urtheil**, wodurch ein Falliments-Verfahren eröffnet wird, kann im Inlande nicht für **vollstreckbar** erklärt werden.

Erk. d. App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 27. December 1866. (Arch. f. Civ.- u. Crim.-R. d. Rheinprovinz, Bd. 60, Abth. 1, S. 227.)

In Erwägung, daß das Urtheil des Handelsgerichts zu Brüssel vom 21. September 1866 die Eröffnung eines gegen den in Brüssel wohnenden Jean Fremersdorf dort durchzuführenden Falliments-Verfahrens zum Inhalt und Gegenstand hat;

daß die verlangte Vollstreckbarkeits-Erklärung dieses Urtheils eine Unterwerfung des in Preußen gelegenen Vermögens des Fremersdorf unter das Falliments-Verfahren vor den belgischen Gerichten und nach belgischen Gesetzen in sich schließen würde;

daß eine solche Anerkennung der Autorität der Gerichte und Gesetze des Auslandes über das in Preußen gelegene Vermögen auch

Digitized by Google

in dem Falle, in welchem das ausländische Gericht wegen des Domicils des Gemeinschuldners dessen ordentlicher Gerichtsstand ist, weder nach den hiesigen Gesetzen, noch durch einen Staatsvertrag über die Rechtshülfe zwischen Preußen und Belgien sich rechtfertigt; — —

daß in Betreff der in Preußen gelegenen Vermögens-Objecte eine Falliments-Erklärung bei inländischem Gericht zu erwirken, event. die gewöhnliche Execution von Seiten der Gläubiger einzuleiten ist, und bei derartigen Verfahren auch der Antragsteller (der Syndik), dem Fremersdorf gegenüber, als Repräsentant seiner belgischen Gläubigerschaft anzuerkennen ist, ohne daß es einer Vollstreckbarkeits-Erklärung bedarf.

Art. 3. (137. 142.)

Ist es mit der rechtl. Natur des **Compromisses** vereinbar, daß zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einem einzelnen Mitgliede derselben **die General-Versammlung der Gesellschaftsmitglieder** als **Schiedsrichter** bestellt werde.*)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 6. Februar 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 55.)

Nach den Statuten der verklagten Gesellschaft (Pommersche Mühlen-Assecuranz-Societät in Stettin) soll darüber, ob einem Versicherten überhaupt, event. welche Entschädigung zu gewähren sei, von der Direction der Gesellschaft Beschluß gefaßt werden, und es soll gegen deren Entscheidung nur der Recurs an die General-Versammlung gestattet sein, bei deren Beschlusse es, mit Ausschluß des Rechtsweges, endgültig sein Bewenden behalten soll. Diese Bestimmung der Statuten hat der Appellationsrichter als eine zulässige, auch den Kläger als versichertes Mitglied der Gesellschaft bindende Vereinbarung, insbesondere als ein rechtsgültiges Compromiß angesehen. Nach § 1 (Einl. zur allg. Ger.-O.) sollen aber alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privat-Eigenthums ausmachen, wenn kein gültiges Uebereinkommen

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. II, S. 1; Bd. IV, S. 442; Bd. V, S. 251; Bd. VI, S. 10; Bd. VII, S. 152; Bd. XI, S. 242. 288 und den folgenden Zusatz.

Digitized by Google

stattfindet, durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. Von dieser Regel ist zwar in den §§ 167 flg. Thl. I, Tit. 2 allg. Ger.O. eine Ausnahme dahin gestattet, daß die Parteien ihre Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Ausspruche durch Compromiß unterwerfen können. Ein Compromiß setzt aber seinem Begriffe nach voraus, daß die Parteien die Entscheidung ihres Streites einem oder mehreren Dritten übertragen. Es ist daher mit seiner Natur unvereinbar, daß eine der streitenden Parteien selbst den Streit entscheide. Letzteres würde aber der Fall sein, wenn zunächst die Direction der verklagten Gesellschaft, als deren Vertreterin, und dann weiter die General-Versammlung, welche aus der Gesammtheit der Gesellschaftsmitglieder besteht, einen Rechtsstreit zwischen dieser Gesammtheit und einem einzelnen Mitgliede entscheiden wollte. Jene Bestimmung der Statuten entbehrt daher der gesetzlichen Gültigkeit, und steht der Befugniß des Klägers, seinen Anspruch im Wege des Processes geltend zu machen, nicht entgegen.

Art. 3.

Wirkung des Urtheils eines ausländischen Schiedsgerichts. Unbestimmtheit der Person der Schiedsrichter*).

Erk. des Tribunals zu Königsberg vom 8. Januar 1867. (Original-Beitrag.)

Die Handlung D. & Comp. in Antwerpen hatte im Jahre 1865 die Handlung Gebr. Schl. zu Königsberg wegen eines Saldo in Anspruch genommen. Die Verklagte erhob damals den Einwand, daß eine in dem Conto-Current aufgeführte Post von 150 Barils Petroleum nicht der Factura gemäß geliefert sei. Durch rechtskräftig gewordenes Erkenntniß des kgl. Commerz- und Admiralitätscollegiums wurde die gerichtliche Entscheidung für unstatthaft erachtet, weil die Parteien in einer unter eine Kaufrechnung gesetzten Clausel übereingekommen waren:

> daß etwaige Contestationen auf friedlichem Wege durch Schiedsrichter in Antwerpen nach Platzgebrauch zu erledigen seien.

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. V, S. 251.

Digitized by Google

Im gegenwärtigen Processe producirt die Klägerin ein vom preuß. Consul zu Antwerpen legalisirtes Erkenntniß des Handelsgerichts daselbst, durch welches der verklagten Handlung in contumaciam die Advocaten Julien de Meester und Jules Branken zu Antwerpen zu Schiedsrichtern in der streitigen Sache ernannt waren und ferner das gleichfalls legalisirte, von dem Präsidenten des Civilgerichts zu Antwerpen mit dem Atteste der Vollstreckbarkeit versehene Urtheil der genannten Schiedsrichter, nach welchem die Verklagte in contumaciam für nicht befugt erachtet worden, hinsichtlich der streitigen 150 Barils Petroleum für angebliche Leckage oder sonst irgend welchen Schadensersatz von der Klägerin zu fordern, auch in die Kosten des Verfahrens verurtheilt ist.

Hierauf hat Klägerin ihren Antrag gegründet:

die Verklagte zur Zahlung des Saldo und der liquidirten Kosten des in Antwerpen stattgefundenen handels- und schiedsrichterlichen Verfahrens zu verurtheilen.

Die Verklagte hat diesem Antrage unter andern den Einwand der Incompetenz des Schiedsgerichts und der Ungültigkeit des Schiedsspruchs, auf welchen die Klage mit begründet ist, entgegengesetzt.

Dieser Einwand ist vom Commerz- und Admiralitätscollegium und auf die Appellation der Verklagten auch vom ostpreußischen Tribunal zu Königsberg verworfen und interessirt aus den Gründen des letztern Erkenntnisses das Folgende:

Die unter der Kaufrechnung befindliche Clausel, welche lautet:

„Etwaige Contestationen sind auf friedlichem Wege durch Schiedsrichter in Antwerpen nach Platzgebrauch zu erledigen,"

enthält zwar kein vollständiges Compromiß, sondern nur ein pactum de compromittendo. Auch läßt die Clausel es zweifelhaft, ob den Schiedsrichtern die Entscheidung überhaupt oder nur über solche Differenzen hat übertragen werden sollen, welche nach Platzgebrauch zu erledigen sind, also nur Differenzen über Beschaffenheit und Menge der übergebenen Waare, die Fastage und dergleichen.

Dieser Zweifel erledigt sich jedoch zum Nachtheil der Verklagten dadurch, daß dieselbe im Vorproceß auf Grund derselben Clausel den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben hat. Es ist dadurch von der Verklagten selbst die Clausel dahin ausgelegt, daß sie jedes gerichtliche Verfahren ausschließe, daß vielmehr die Schieds-

Digitized by Google

richter über den Anspruch der Klägerin und die Einwendungen der Verklagten überhaupt entscheiden sollten.

Ferner läßt sich das Verbot des Anh. § 41 zur allg. Ger.-O., § 169, I, 2*) nur auf Streitigkeiten dießseitiger Unterthanen beziehen, wenn anders ein Schiedsgericht zwischen Unterthanen zweier in ihrer Gesetzgebung von einander unabhängiger Staaten überhaupt möglich sein soll.

Das Rescript des Justizministers vom 25. Januar 1798**) steht dem nicht entgegen, wie dieses auch von dem Obertribunal in dem Erkenntnisse vom 26. October 1858 (Striethorst, Archiv, Bd. 30, S. 339) anerkannt worden.

Nach der Gerichtsordnung für die preuß. Staaten ist zwar die Wahl der Person der Schiedsrichter dergestalt von dem freien Willen der Partei abhängig, daß sie dazu nicht gezwungen werden kann, selbst nicht von ihrem ordentlichen Richter. Allein die Parteien haben im vorliegenden Falle verabredet, daß etwaige Contestationen durch Schiedsrichter in Antwerpen erledigt werden sollen. Für dortige Schiedsrichter gilt nicht die preußische, sondern die Proceßordnung für das Königreich Belgien. Wenn diese Proceßordnung, wie nach vorliegendem Erkenntniß des Handelsgerichts zu Antwerpen angenommen werden muß, jenes Handelsgericht dazu beruft, bei der Weigerung des einen Contrahenten für denselben die Schiedsrichter zu ernennen, was geschehen ist; so hat die Verklagte sich diesem Verfahren und dieser Folge ihrer Weigerung im Voraus unterworfen. Die Verklagte kann redlicher Weise nicht, gestützt auf die erwähnte Clausel, zugleich die Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens behaupten und die Competenz des Schiedsgerichts zu Antwerpen bestreiten. Das letztere involvirt geradezu einen dolus.

Die Behauptung der Verklagten, daß, da die Lieferung und Zahlung in Königsberg erfolgen sollte, lediglich preußische Gesetze bei Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zur Anwendung zu bringen seien, widerspricht einerseits der gedachten Clausel, andererseits beruht sie auf einer irrigen Annahme. Denn aus der von Antwerpen

*) Personen, die im Auslande wohnen, können nicht zu Schiedsrichtern gewählt werden.

**) Aus diesem Rescript ist der oben citirte Anhangs-§ fast wörtlich entnommen.

Digitized by Google

datirten Factura vom 12. Juli 1864 geht hervor, daß der Zahlungsort Antwerpen, nicht Königsberg war, da auf derselben die Worte: „payable en cette ville" stehen. Es war daher Sache der Verklagten, sich vor dem dortigen Schiedsgerichte vertreten zu lassen und daselbst ihre Einwendungen vorzubringen. Die Folge der Unterlassung ist schon nach dem allg. Landrecht, § 383, I, 16*) die, daß sie aller ihrer Einwendungen gegen den Anspruch der Klägerin verlustig gegangen ist.

Ebensowenig ist der Einwand begründet, daß Klägerin durch das Vorerkenntniß des Commerz- und Admiralitätscollegii bereits rechtskräftig abgewiesen sei. Denn dieses Erkenntniß hat keineswegs den Anspruch selbst abgewiesen, sondern die Klägerin nur zunächst auf den Weg des schiedsrichterlichen Verfahrens verwiesen. Nachdem Klägerin diesen Weg eingeschlagen, steht ihrer wesentlich auf dem Schiedsspruch begründeten Klage das Vorerkenntniß nicht entgegen. †

Art. 4. 5. 289.

Der **Staat** ist, wenn er den Bau und Betrieb einer **Eisenbahn** unternimmt, in der hierauf bezüglichen Thätigkeit als **handeltreibende Persönlichkeit** zu betrachten**).

Die **Gläubigerschaft** einer in Fallit-Zustand gerathenen Actien-Gesellschaft ist **keine handeltreibende Persönlichkeit*****).

Damit die besondere **Zinsverbindlichkeit** des Art. 289 H.-G.-B. entstehe, ist erforderlich, daß **zur Zeit der Fälligkeit** einer aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrührenden Forderung **Kaufleute** sich als Gläubiger und Schuldner gegenüber stehen†).

---

*) Wer in einem Processe von seinen Einwendungen gegen eine wider ihn ausgeklagte Forderung innerhalb der in den Gesetzen bestimmten Fristen keinen Gebrauch macht, wird derselben auch ohne weitere Entsagung verlustig.

**) Vgl. Busch, Archiv, Bd. I, S. 388. 522; Bd. III, S. 61 und die Abhandlung von Priber, Bd. I, S. 247 flg. daselbst.

***) Vgl. Busch, Archiv, Bd. II, S. 142 und die Abhandlungen von Keyßner, Bd. II, S. 293, von Gotter, Bd. X, S. 19 daselbst.

†) Vgl. Busch, Archiv, Bd. II, S. 86; Bd. IV, S. 395; Bd. X, S. 180,

Digitized by Google

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 17. April 1867. (Archiv f. Civ.- und Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 61, Abthl. 1, S. 53.)

Der Dortmunder Bergwerks- und Hüttenverein (eine commerzielle Actien-Gesellschaft) hatte aus Schienen-Lieferungen eine Forderung an die königl. Eisenbahn-Direction zu Saarbrücken. Nachdem derselbe 1859 fallirt hatte, zahlte die Eisenbahn-Direction 1865 die Schuld an die Commandit-Gesellschaft Arndt & Comp. aus, die sich zu dieser Zeit als Cessionarin legitimirte. Letztere klagte außerdem noch Zinsen ein, worüber das nachstehende Urtheil erging:

„J. E., daß anzuerkennen ist, daß der Staat, wenn er den Bau und Betrieb einer Eisenbahn unternimmt, in der hierauf bezüglichen Thätigkeit eine handeltreibende Persönlichkeit ist;

i. E., daß in Art. 289 H.-G.-B. das Recht auf Verzinsung nicht als ein vertraglich stipulirter bedingter Anspruch auftritt, sich vielmehr als ein Recht zu erkennen gibt, welches erst durch die Thatsache der Nichtzahlung zur Zeit der Fälligkeit zum Dasein gelangt, wenn außerdem die übrigen Bedingungen des Erwerbs concurriren;

daß in dieser Hinsicht das Vorhandensein von Forderungen der bezeichneten handelsrechtlichen Natur nicht genügt, sondern aus der Fassung des Gesetzes, wonach Kaufleuten unter einander der Zins-Anspruch erwachsen soll, und der ratio legis erhellt, daß eine weitere besondere Beschränkung insofern gewollt ist, als die Bestimmung nur für und gegen solche Gläubiger und Schuldner wirken soll, welche bei Fälligkeit der Forderung dem Kaufmannsstande angehören;

daß also statt eines sachlich der Forderung anklebenden und mit ihr übertragbaren Privilegiums ein wesentlich dem Handelsstande eigenthümliches und persönliches Recht hat gegeben werden sollen, dessen Einführung (gegenüber den durchweg minder strengen allgemeinen Grundsätzen über Entstehung von Zinsverpflichtungen) durch die Erwägung motivirt erscheint, daß gerade bei Schuldverhältnissen der Kaufleute unter einander der Gläubiger sofort mit Empfang des Guthabens in Zinsen-Genuß einzutreten, und andererseits

die Abhandlung von Maaßen, Bd. I. S. 127 flg. das.; und Hoffmann, Glossen zum H.-G.-B. in Gruchot's Beiträgen, Jahrg. XI, S. 475 flg.

Digitized by Google

der Schuldner die Summe, welche er über den Fälligkeitstermin behält, bis zur Auszahlung in seinem Handel lucrativ zu verwenden pflegt; sodaß im wechselseitigen Verkehre von Kaufleuten der Gesetzgeber, mit Vermeidung ungebührlicher Strenge, nur den präsumtiven Willen der Betheiligten und der Natur der Sache Rechnung trägt, indem er die Zinspflicht (nach den zusätzlichen Ausdrücken des Art. 289) auch „ohne Verabredung oder Mahnung" durch bloße Fälligkeit entstehen läßt;

daß hieraus aber sich von selbst ergibt, daß, wenn zur Zeit der maßgebenden Thatsache (Fälligkeit der Forderung) es nicht mehr Kaufleute sind, welche als Gläubiger und Schuldner sich gegenüberstehen, vielmehr in der übrigens unveränderten Obligation (sei es auf einer Seite, sei es auf beiden) dem Handelsbetriebe fremde Personen als Parteien auftreten, die Fälligkeit auch nicht jene exceptionelle Zinsverbindlichkeit erzeugen kann, für die es unter derartigen Voraussetzungen an einem der gesetzlichen, aus der besonderen Standes-Eigenschaft hergeleiteten Erfordernisse fehlen würde;

daß nun bei der Fälligkeit der in Rede stehenden Schuld der Appellantin (Eisenbahn-Direction) Anfangs 1862 resp. am 1. März 1862, mit welchem Tage das Eintreten der Gesetzeskraft des H.-G.-Buchs hätte wirken können, die Forderung bereits einer dem Kaufmannsstande fremden Persönlichkeit zugehört hat;

daß nämlich schon im Oct. 1859 die ursprüngliche Gläubigerin, die in Dortmund domicilirte Actien-Gesellschaft, in kaufmännischen Concurs gerathen war, wodurch sie zu existiren aufgehört hatte (§ 28 Ges. vom 9. Nov. 1845; § 285 Conc.-O. vom 8. Mai 1855), und daß damals mit ihren übrigen Activen auch die fragliche Forderung in das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ihrer Gläubigerschaft übergegangen, letztere aber als eine zum gewerbsmäßigen Betriebe von Handelsgeschäften berufene Persönlichkeit jedenfalls nicht zu betrachten ist."

Art. 4. 271.

Inwieweit sind die **Handwerker**, welche den von ihnen angekauften Rohstoff verarbeitet weiter veräußern, als **Kaufleute** anzusehen?*)

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. XI, S. 215. 217 und die dort in der Anmerkg. gegebenen Citate.

Digitized by Google

Erk. des Kreisgerichts zu Spremberg vom 13. März 1865 und des Appell.-Gerichts zu Frankfurt a. O. (Hinschius, Zeitschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl., Bd. I, S. 596.)

Das Kreisgericht, davon ausgehend, daß für den ersten Blick schon der gewerbsmäßige Ankauf von Wolle, um sie als Tuch verarbeitet weiter zu veräußern, nach den Art. 4. 271, Nr. 1 H.-G.-B.s zur Begründung der kaufmännischen Qualität zu genügen scheine, erwägt, daß nach dieser in der Theorie nicht ohne Vertheidiger gebliebenen strengen Auffassung (Makower, Commentar, 2. Aufl., Anm. 46) der größte Theil aller Handwerker (Bäcker, Schneider, Schuhmacher ꝛc.) in die Kategorie der Kaufleute fallen würde, ihr Geschäftsverkehr aber unmöglich nach den in dem Großhandel und für denselben ausgebildeten und zunächst berechneten Rechtsnormen beurtheilt werden könne. Es fährt dann fort:

„Die Motive zu dem dem H.-G.-B. zu Grunde liegenden preußischen Entwurfe und die Sitzungsprotocolle ergeben denn auch, daß eine solche Ausdehnung des Begriffs „Kaufmann" nicht beabsichtigt worden, und daß man sich des Unterschieds wohl bewußt gewesen zwischen demjenigen, der bei der Bearbeitung beweglicher Sachen im Wesentlichen nur die eigene Arbeitskraft verwendet und bei dem Verkauf des so gewonnenen Products ohne Speculation auf die wechselnden Preise des Rohmaterials nur die aufgewendete Arbeit bezahlt zu erhalten trachtet, und demjenigen, der über die Grenzen des handwerksmäßigen Betriebes hinaus sein Fabrikat als „Waare" mit kaufmännischer Speculation in Betrieb setzt und damit ein Vermittler zwischen Producenten und Consumenten wird, worin das eigentliche charakteristische Merkmal des Handels liegt. Aus diesem Unterschiede ist die Bestimmung des Art. 273, Al. 3 des a. d. H.-G.-B.s hervorgegangen, nach welcher die Weiterveräußerungen von Handwerkern, insoweit sie nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, als Handelsgeschäfte nicht betrachtet werden sollen.

Wo die Grenze des handwerksmäßigen Betriebes anzunehmen, kann der Natur der Sache nach nicht im Allgemeinen, sondern nur nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der charakteristischen Merkmale des Handels bestimmt werden,

Digitized by Google

und es ist deshalb wohl von Erheblichkeit, den Umfang und die ganze Art und Weise des Geschäftsbetriebes in jedem einzelnen Falle zu prüfen."

Das Appellations-Gericht ist diesen Ausführungen beigetreten.

Art. 13. (8.)

Oeffentliche Bekanntmachung vertragsmäßiger Ausschließung der **Gütergemeinschaft.***)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 23. April 1866. (Entscheidungen, Bd. 56, S. 215.)

Die Kauffrau Julie L. vindicirte im Wege der Interventions-Klage ihre Illaten, welche von den Verklagten, Kaufleuten R. und Genossen, wegen einer rechtskräftigen Wechselforderung an den Ehemann der Klägerin in Beschlag genommen waren. Obwohl sie sich darauf berief, daß vor Eingehung ihrer Ehe die Gütergemeinschaft ausgeschlossen und diese Ausschließung dreimal durch das Amtsblatt bekannt gemacht sei, daß auch ihr Ehemann nicht Kaufmann sei, wurde sie doch in beiden Instanzen mit ihrer Klage abgewiesen. Das Obertribunal dagegen hat die von ihr erhobene Nichtigkeitsbeschwerde aus folgenden Gründen für begründet erachtet:

„Es bedarf die vertragsmäßig vor Eingehung einer Ehe erfolgte Ausschließung der principiellen Gütergemeinschaft in Ansehung Dritter der öffentlichen Bekanntmachung, während für die Eheleute der Vertrag mit Schließung der Ehe seine volle Wirksamkeit erlangt. Der § 422 L.-R., Thl. II, Tit. 1, regulirt, in Verbindung mit § 4 Ges. vom 20. Mai 1837, die Art und Weise jener Bekanntmachung für gewöhnliche Fälle. Daß sie stattgefunden hat, bezweifelt der zweite Richter nicht. Der Art. 20 Einf.-Ges. zum H.-G.-B. bestimmt indeß:

> Bei denjenigen Personen, welche nach Art. 4 H.-G.-B. als Kaufleute angesehen sind, jedoch mit Ausschluß der im Art. 10 das. bezeichneten, muß außerdem die Ausschließung der Gemeinschaft der Güter in das Handels-Register eingetragen und nach Maßgabe des Art. 13 H.-G.-B. veröffentlicht werden.

Die allgemeine im Interesse Dritter nothwendige Publication der Ausschließung der Gütergemeinschaft bezweckt, Gefährdungen des

*) Vgl. die Abhandlg. von Weinhagen in Busch, Arch., Bd. VI, S. 165 flg.

Digitized by Google

Publicums vorzubeugen (Jahrbücher, Bd. 41, S. 116. 117). Wenn daher bei Kaufleuten nach § 423 L.-R., II, 1 und Art. 20 Einf.-Gesetz außerdem eine besondere Publication stattfinden soll, so hat diese unverkennbar den Zweck, diejenigen, welche mit einem Kaufmann in Geschäftsverbindung treten, gegen die Gefahren der Zweiung des ehelichen Güterrechts noch mehr zu schützen, indem ihnen doppelte Gelegenheit geboten wird, davon Kenntniß zu erhalten. Treibt also die Frau ein kaufmännisches Gewerbe, der Mann dagegen nicht: so dürfen die Gläubiger der ersteren, wenn die Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft ihnen entgegengesetzt wird, den Nachweis beider Publicationen verlangen. Für den Gläubiger des Mannes muß aber in einem solchen Falle die allgemeine Bekanntmachung genügen, welche das Gesetz für den Verkehr mit einem Nichtkaufmanne überhaupt für hinreichend erachtet. Es ist nirgends gesagt, daß, wenn auch nur Eines der Eheleute dem Kaufmannsstande angehört, die Gläubiger des anderen Theils ebenfalls auf die zweifache Bekanntmachung Ansprüche haben. In dem § 429 L.-R., II, 1 heißt es vielmehr:

> Ist die § 423 vorgeschriebene Art der Bekanntmachung unterblieben, so kann die geschehene Ausschließung demjenigen, welchem sie auf diese Art hätte bekannt gemacht werden sollen, nicht entgegengesetzt werden.

Man kann die Ausnahme-Vorschrift nicht ausdehnend und über den erkennbaren Zweck derselben zur Anwendung bringen. Es sind freilich die Handelsregister öffentlich und einem Jeden, sei er Kaufmann oder nicht, zur Einsicht zu verstatten (Art. 12 H.-G.-B.). Wer sich indeß mit einem Nicht-Kaufmanne in Geschäftsverbindung einläßt, kann über ihn aus dem Handelsregister nichts ersehen, hat mithin keine Veranlassung, das Register und die dort erfolgten Eintragungen zu erforschen. Ein Grund hierzu bietet sich nur für diejenigen, welche mit einem Kaufmanne Geschäfte schließen (§ 31 L.-R., I, 5)."

Art. 22. (15. 23. 25. 111. 113.)

Haftbarkeit des **Erwerbers der Firma** und des Handelsgeschäfts für die von dem **früheren Eigenthümer** contrahirten **Schulden***).

*) Man vergleiche über diese praktisch sehr erhebliche und dabei streitige

Digitized by Google

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 1. November 1866. (Hinschius, Zeitschr. f. Gesetzgeb. und Rechtspfl., Bd. I, S. 392; Gruchot, Beiträge, Jahrg. XI, 1867, S. 258; Entscheidgn., Bd. 57, S. 349.)

Der Erwerber der Firma „T. & Sohn" wurde aus einem Wechsel, den der Veräußerer mit der Firma „T. & Sohn" acceptirt hatte, in Anspruch genommen, und opponirte dem Wechselgläubiger, daß er für diese von ihm im Kaufvertrage nicht mit übernommene Schuld nicht haftbar sei. Das Kreisgericht zu Bochum verurtheilte nach dem Klagantrage. Das Appell.-Gericht zu Hamm wies den Kläger ab, indem es ausführte: „das Accept verpflichte zunächst nur denjenigen, von welchem es herrühre. Kläger habe also einen Uebergang dieser Verpflichtung auf den jetzigen Inhaber der bezogenen Firma nachweisen müssen. Ein solcher Uebergang liege nicht von selbst in der Uebernahme der bestandenen Firma, weil sie keine juristische Person sei; könne auch nicht darin gefunden werden, daß das Geschäft, welches unter der alten Firma früher betrieben worden, auf den Käufer mit übertragen sei, weil es sich dabei nicht um die Uebertragung einer universitas juris handele, welche die vorhandenen Schulden ohne Weiteres auf den neuen Erwerber mit übergehen lasse."

Das Obertribunal dagegen hat das Urtheil I. Instanz aus folgenden Gründen wieder hergestellt:

„Das H.-G.-B. enthält allerdings keine directen und ausdrücklichen Bestimmungen, nach denen diese Frage zu beantworten ist. In der Redaction dieses Gesetzbuches ist im Gegentheil die in den Commissionsberathungen mehrfach ventilirte Frage über die Wirkungen der Uebertragung einer Handlung nebst Firma auf einen Anderen, namentlich in Betreff dieses neuen Erwerbes, absichtlich ganz offen und unentschieden gelassen, weil bei der Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse, um deren rechtliche Beurtheilung es sich

---

Frage Busch, Archiv, Bd. I, S. 25; Bd. III, S. 85; Bd VIII, S. 174; Bd. X, S. 70. 206. — Förster, preuß. Privat-R., Bd. I, S. 653 flg.; Bd. II, S. 131 flg. — Sintenis, Civ.-R., 2. Aufl., Bd. I, S. 432. — v. Hahn, Comm., Bd. I, S. 73 flg. — v. Salpius, Novation und Delegation, S. 507 flg. — Koch, Comm. zu Art. 23 H.-G.-B. — Windscheid, Pandekten, § 42. 65. 338. — Hoffmann in Gruchot's Beiträgen, Jahrg. XI, S. 266.

Digitized by Google

hierbei handelt, und bei der Mannichfaltigkeit der von den Contrahenten bei der Geschäftsübertragung gehegten Absichten es von den Redactoren für unmöglich gehalten worden ist, die erforderlichen rechtlichen Bestimmungen in wenige Sätze zusammenzufassen, ohne dabei dem Verkehre und dem Rechtsgefühle der Betheiligten Gewalt anzuthun (Prot., S. 41. 42. 280. 1108. 1431—1441).

Dessenungeachtet muß jene Frage lediglich in Grundlage der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und nach dem Sinne und Geiste des letzteren beantwortet werden; weshalb denn auch hierbei die in dem vom Appellationsrichter in Bezug genommenen Erkenntnisse des Obertribunals vom 12. Jan. 1854 (Striethorst, Archiv, Bd. 11, S. 219) angenommenen und ausgesprochenen Grundsätze, als seit der Emanation des deutsch. H.-G.-B.s nicht weiter maßgebend, außer Betracht bleiben müssen.

Nach dem Art. 15 des H.-G.-B.s, wie solcher auf Grund des Art. 19 des preuß. Entwurfs in unveränderter Fassung angenommen worden ist, ist die Firma eines Kaufmanns der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt. Die Firma ist mithin, da sie die Bestimmung hat, daß unter ihr von dem Kaufmanne seine Handelsgeschäfte betrieben werden, nicht als der bloße persönliche, an seiner Person klebende Name des Kaufmanns aufzufassen. Sie ist vielmehr, wie die Motive zum preuß. Entwurfe, S. 18 sich ausdrücken, gewissermaßen ein Sachname, der Name des Geschäfts selbst, weil erfahrungsmäßig der einer Handlung gewährte Credit zum großen Theil an der Firma haftet und mit derselben auf den Geschäftsnachfolger übergeht. Die Firma ist deshalb ebenso, wie der persönliche Name von der Person, als unzertrennlich von der Handlung oder dem Geschäf (Etablissement), welches unter ihr vom Kaufmanne geführt wird, anzusehen und hat demgemäß, in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Art. 27 des preuß. Entwurfs, der Art. 23 des a. d. H.-G.-B.s bestimmt:

> „Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig."

Dieses Verbot ist nach Ausweis der Motive zum preuß. Entwurfe, S. 19, auch mit um dessentwillen erlassen, weil die Veräußerung

Digitized by Google

einer Firma als solcher, abgesondert von dem durch sie bezeichneten Handelsgeschäfte, unter den Gesichtspunkt der unzulässigen Uebertragung eines Namens gefallen sein würde; und dieß zeigt zugleich, daß die Firma als ein Sachname, als der Name des Geschäfts, welches unter der Firma geführt wird, angesehen werden muß.

Dadurch, daß dem Handelsgeschäfte in der Firma ein besonderer Name beigelegt ist, daß das Geschäft durch diese seine Firma nach außen repräsentirt wird, und daß beide von einander unzertrennlich sind, ist dem unter der Firma geführten Handelsgeschäfte eine Art von Persönlichkeit beigelegt, welche sich bei offenen Handelsgesellschaften noch besonders dadurch manifestirt, daß diese zufolge Art. 111 des a. d. H.-G.-B. unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können. Nach dem Beschlusse, welcher von der Nürnberger Abgeordneten-Versammlung nach mehrfacher Berathung und wiederholter Erwägung gefaßt worden (Prot., S. 154—161. 176. 214. 274—279. 373. 1001. 1134. 1135. 1139—1144. 4520), ist freilich der Handelsgesellschaft der Charakter einer juristischen Person abgesprochen, und wiewohl hiernach auch das unter einer bestimmten Firma geführte Handelsgeschäft sich nicht als ein Rechtssubject im streng juristischen Sinne betrachten läßt, so bildet doch ein solches Handelsgeschäft (Etablissement) ein für sich bestehendes und abgeschlossenes Ganze, zu welchem als integrirende Theile nicht nur die Waarenvorräthe und Utensilien, sondern auch die ausstehenden Handelsforderungen und contrahirten Handelsschulden gehören. Dieses Ganze, welches allerdings nicht als eine wirkliche universitas juris anzusehen ist, sich vielmehr an sich nur als eine sogenannte universitas facti charakterisirt, wird in der Handelswelt dergestalt als ein einheitlicher Complexus aufgefaßt, daß, welche Personen auch die Träger der Firma sein mögen, dadurch diese Einheit an sich nicht alterirt wird, solche vielmehr unverändert und ungetrennt fortbestehen bleibt*).

Wird nun ein derartiges Handelsgeschäft sammt Firma durch

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. X, S. 70.

Digitized by Google

Verkauf oder andere Arten der Veräußerung auf einen Anderen übertragen, so daß dieser in dasselbe nur vermittelst einer Singularsuccession eintritt und selbiges übernimmt, so bringt es die oben entwickelte Natur und das Wesen eines Handels-Etablissements mit sich, daß es als die Regel betrachtet und deshalb vermuthet werden muß, daß das Geschäft als einheitliches Ganze mit allem, was dazu gehört, übertragen worden.

Die Verhältnisse, welche durch diese Uebertragung zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber, sowie hinsichtlich des ersteren Dritten gegenüber begründet werden, bedürfen jedoch hier keiner besonderen Erörterung, da ein hierher gehörender Fall nicht zur Entscheidung vorliegt. Hier ist vielmehr nur das Verhältniß zwischen dem neuen Erwerber einerseits, und den Handlungsgläubigern andererseits in Betracht zu ziehen gewesen.

Aus der Bestimmung des bereits allegirten Art. 23 des H.-G.-Buchs läßt sich allerdings nicht folgern, daß die Veräußerung der Firma und des Geschäfts nothwendig unter Uebertragung der sämmtlichen Activa und Passiva der Handlung auf den Uebernehmer erfolgen muß. Und ist es deshalb auch nicht richtig, wenn in den Nürnberger Commissionsverhandlungen (Prot., S. 41) behauptet worden ist, die Uebertragung einer Handlung ohne Activa und Passiva sei in dem Art. 23 (Art. 27 des preuß. Entwurfs) verboten. Dieser Artikel verbietet vielmehr nur die Veräußerung einer Firma allein, d. h. ohne das Handelsgeschäft. Dagegen sind für die Beantwortung der Frage, ob bei der Veräußerung der Firma oder des Geschäfts die bereits vorhandenen Handelsschulden als auf den neuen Erwerber mit übergegangen anzusehen sind, die Bestimmungen des Art. 113 des a. d. H.-G.-B.s von entscheidender Bedeutung. Denn wenn derjenige, welcher in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, für alle schon vor seinem Eintritte contrahirten Schulden haftet, und selbst ein entgegenstehender Vertrag gegen Dritte, also die Gläubiger, ohne Wirkung ist: so muß dieß noch mehr alsdann gelten, wenn Jemand ein bestehendes Handelsgeschäft mit Ausscheiden des bisherigen Inhabers allein und ganz übernimmt und mit der alten Firma fortführt. Freilich findet sich in den Commissionsverhandlungen (Prot., S. 250) bemerkt, daß bei dem Hinzutreten eines Gesellschafters zu der Handlung eines

Digitized by Google

Einzelkaufmanns nicht das Bedürfniß der Bestimmung des Art. 113 bestehe, und danach scheint es, daß nach der Ansicht der Commission ein solches Bedürfniß auch nicht in dem Falle des Wechsels des Inhabers der Handlung als bestehend angenommen worden ist. In dieser bloßen Bemerkung läßt sich indessen keineswegs das Verbot antreffen, die Grundidee des Art. 113, daß dem, welcher eine Handlung mit den Activen erwirbt, auch die Passiven präsumtiv zur Last fallen, mittelst ausdehnender Erklärung oder Analogie auf solche Fälle zu erstrecken, welche unter jenen allgemeinen Grundsatz zu subsumiren sind. Beide Fragen hängen vielmehr auf das engste zusammen und beruhen auf einem und demselben Fundamente, nämlich darauf, daß der, welcher ein Handlungsgeschaft ganz oder theilweise (durch Eintritt in eine Handelsgesellschaft) erwirbt, mit dem Erwerbe auch in die bereits vorhandenen Schulden eintritt. Wo, wie nach Art. 113, das letztere gilt, muß man auch das erstere gelten lassen, da ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Fällen nicht obwaltet.

Da nun unzweifelhaft die Rechte der Gläubiger der Handlung durch den zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber derselben abgeschlossenen Uebertragungsvertrag nicht geschmälert werden können, so müssen diese Gläubiger auch, wiewohl sie aus dem oben gedachten Grunde nicht verbunden sind, den Erwerber der Handlung statt des früheren Eigenthümers als ihren Schuldner anzunehmen, ihrerseits als berechtigt erachtet werden, sich an den neuen Erwerber wegen ihrer älteren Forderungen zu halten. Letzteres ist freilich bisher in der Theorie sehr streitig gewesen. Anders verhält es sich jedoch hiermit nach der Ansicht des handeltreibenden Publicums und nach der handelsrechtlichen Praxis. Darnach muß angenommen werden, daß der Uebernehmer der Handlung für die bereits vorhandenen Schulden der Firma ebenso haftet, als wenn er sie selbst contrahirt hätte; und zwar ohne alle Rücksicht darauf, was in dem zwischen dem Veräußerer und dem neuen Erwerber abgeschlossenen Vertrage in Betreff der Uebernahme der Schulden etwa besonders stipulirt worden ist. Diese Ansicht findet schon in den Vorlagen, welche in der Nürnberger Commission bei der Berathung dieser Frage zu deren Entscheidung gemacht wurden, und in denen zu dem Ende gleich, oder doch

Digitized by Google

ähnliche Bestimmungen zu erlassen in Vorschlag gebracht wurden, ihre volle Anerkennung (Prot., S. 42 und 1439—1441).

Will man jedoch hierauf kein besonderes Gewicht legen, so hat doch jedenfalls jene Ansicht indirect durch die Bestimmungen des Art. 113 H.-G.-B.s ihre Sanction gefunden, da aus denselben in analoger Anwendung auf einen Fall der vorliegenden Art gefolgert werden muß, daß die Gläubiger den neuen Erwerber in gleicher Weise wie den früheren Firmeninhaber wegen der von diesen contrahirten Handelsschulden in Anspruch zu nehmen berechtigt sind, welche Bestimmungen in dem zwischen Veräußerer und Erwerber abgeschlossenen Vertrage wegen Uebernahme der Handelsschulden auch getroffen sein mögen.

Aus der Anwendung der vorstehend entwickelten Grundsätze (vgl. Thöl, Handelsrecht, 4. Aufl., § 19, S. 116) auf den vorliegenden Fall ergibt sich (zumal anzunehmen ist, daß die Uebertragung der Firma T. & Sohn auf den Beklagten mit Activis und Passivis stattgefunden hat) von selbst, daß der letztere in Folge dieser Uebertragung für verpflichtet zu halten ist, die von seinem Veräußerer, dem früheren Inhaber jener Firma, durch die Acceptation des fraglichen Wechsels eingegangene Wechselverbindlichkeit ebenso, wie dieser selbst, zu erfüllen."

Art. 45.

Handlungs-Bevollmächtigte werden nicht in das Handels-Register eingetragen.

Erk. des Kreisgerichts zu Burg. (Original-Beitrag in Busch, Archiv, Bd. X, S. 86. 87.)

Art. 47.

Befugniß des Handlungs-Bevollmächtigten zur Proceßführung.

Beschlüsse des Appellationsgerichts zu Magdeburg und des Obertribunals zu Berlin v. 9. April 1867. (Gruchot, Beiträge, Jahrg. XI, 1867, S. 366.)

Ueber diese von der Praxis verschieden beantwortete Frage*)

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. III, S. 81. 367; Bd. VII, S. 177; Bd. IX, S. 121; Bd. X, S. 319. 407.

Digitized by Google

liegen jetzt wieder zwei difforme Entscheidungen vor. Das Appell.-Gericht zu Magdeburg führt, eine Entscheidung des dortigen Stadt- und Kreisgerichts bestätigend, aus:

„Unter den Bevollmächtigten einer Proceßpartei versteht die Proceßordnung (Thl. I, Tit. 3) diejenigen, welche (das früher getrennte Amt der Procuratur und Advocatur vereint ausübend) nicht nur die Partei bei Betreibung des Processes vertreten, sondern auch die Rechte der Partei schriftlich oder mündlich vor Gericht ausführen.

Der § 22 der Proc.-O., Tit. 3 bestimmt:

> Wann eine Partei die Instruction des Processes nicht persönlich abwarten kann, so muß sie aus den bei dem Gericht zur Proceßpraxis bestellten Justizcommissarien einen Bevollmächtigten wählen ꝛc.

Der § 25 fügt hinzu:

> Auch diejenigen, welche nach den Gesetzen (§ 119 flg. a. L.-R., I, 13) die Vermuthung einer Vollmacht für sich haben, sind als Bevollmächtigte zuzulassen.

Diese Bestimmungen sind wiederholt eingeschärft, namentlich im § 26 der Verordng. vom 1. Juni 1833, bestätigt im § 1 und 39 der Verordng. vom 21. Juli 1846.

Dieselben gelten auch für die nach dem Gesetze vom 3. April 1847 (G.-S., S. 138) zu organisirenden Handelsgerichte in dem Falle, daß die Partei am Orte des Gerichts wohnt; nur auswärtige Parteien dürfen einen Kaufmann zum Vertreter vor Gericht bestellen (§ 4. 25. 32 das.).

Sie sind nicht aufgehoben. Insbesondere hat sich das H.-G.-B. mit der proceßrechtlichen Frage:

> wer als Vertreter der Partei im Proceß und vor Gericht zuzulassen?

weder befaßt noch befassen wollen. Diese Frage gehört zu der Regelung der Verfahrens vor den Handelsgerichten. Dieß Verfahren ist aber weder im H.-G.-B. geregelt, noch setzt das letztere die Existenz von Handelsgerichten schlechthin voraus (Art. 3 H.-G.-B., Art. 73 Einf.-Ges.).

Wohl aber hatte das H.-G.-B. zu bestimmen:

> ob die Ernennung zum Handlungsbevollmächtigten die Be-

Digitized by Google

fugniß begründet, Namens des Principals Klage zu erheben, zu betreiben, zurückzunehmen?

ob also der Principal eine so erhobene und verfolgte Klage als die seine anerkennen und ob der Gegner sich auf dieselbe einlassen muß?

Diese wichtige materielle Frage hat das H.-G.-B. entschieden, und zwar zum Nachtheil des Handlungsbevollmächtigten: nur kraft besonderer Ermächtigung soll er befugt sein, durch seine Namens des Principals erhobenen und betriebenen Processe diesen und den Gegner zu verpflichten.

Das ist der Sinn des Art. 47. Hierin völlige Gleichheit im Gebiete des allg. d. H.-G.-B.s herbeizuführen, lag in der Aufgabe dieser Gesetzgebung; aber es lag nicht in ihren Zielen, die verschiedenen Territorial-Proceß-Ordnungen nebenbei in einem sehr wichtigen Punkte zu reformiren, nämlich zu bestimmen, welche Functionen der Procuratur- und Advocatur-Handlungsbevollmächtigte zu üben befugt sein soll.

Dieß zu ordnen bleibt und blieb Aufgabe der deutschen Civil-Proceß-Ordnung, resp. inzwischen der Teritorialgesetzgebung.

Vgl. Entwurf einer Proc.-Ordnung für den preuß. Staat, § 89 flg., § 924; Motive, S. 27.

Die preuß. Gerichte dürfen also zur Zeit auch in Handelssachen als Vertreter der Parteien in den Terminen Handlungsbevollmächtigte als solche nicht zulassen." —

Das Obertribunal hat jedoch auf erhobene Beschwerde die Ansicht der Instanzrichter verworfen, wobei es von folgenden Erwägungen ausging:

„Das allg. d. H.-G.-B. hat die Vorschriften des a. L.-R., II, 8, § 497 flg. über Factoren und Disponenten, beziehungsweise über das Mandat, nicht ausreichend in Betreff der Stellvertretung bei einem kaufmännischen Geschäft befunden. Es geht vielmehr davon aus, daß das Bedürfniß einer Vertretung des Geschäfts nach außen hin mit dem größeren Umfange desselben immer unerläßlicher wird, da der Principal nicht im Stande ist, alle Namens des Geschäfts vorzunehmenden Handlungen selbst auszuführen und die Ertheilung von Mandaten an fremde Personen den Zweck nicht immer erfüllt.

Hierauf beruht die im H.-G.-B. angeordnete feste Organisation

Digitized by Google

der Vertretung des Principals durch die dem Geschäft angehörigen Personen (cfr. Endemann, das deutsche Handelsr., § 27, S. 128). Die volle Repräsentation gebührt dem Procuristen, und die Procura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen (Art. 42 H.-G.-B.).

Ferner nach § 47 H.-G.-B. hat der Principal das Recht, wenn er dem Handlungsbevollmächtigten die Befugniß zur Proceßführung gewährt, sich durch ihn in Processen vertreten zu lassen. Die hier erwähnte Proceßführung auf die Einreichung einer Klage für den Principal und die Empfangnahme von Verfügungen, die an ihn in einem Processe ergehen, beschränken zu wollen, widerspricht sowohl der Fassung des Art. 47, wie dem Zweck des Handelsgesetzbuchs, durch die Ermöglichung einer Repräsentation des Geschäfts-Inhabers durch bei dem Geschäfte mitwirkende Personen den Geschäftsverkehr zu erleichtern.

Das ꝛc. wird daher angewiesen, den N. N. als Vertreter der Kläger zuzulassen und abzuwarten, ob der Verklagte gegen diese Vertretung Einwendungen vorbringt."

Der App.-Ger.-Rath Fleischauer tritt dieser Ansicht des Obertribunals (in Gruchot's Beiträgen, Jahrg. XI, S. 369 flg.) in eingehender Motivirung entgegen. Das Obertribunal selbst hat auch seine Meinung später modificirt, wie das Erkenntniß vom 12. Septbr. 1867 (siehe den folgenden Zusatz) ergibt.

Art. 47.

Fähigkeit und Befugniß des Handlungs-Bevollmächtigten zur Prozeßführung.

Erk. des App.-Gerichts zu Magdeburg vom 29. Juni 1867 und des Obertribunals zu Berlin v. 12. Sept. 1867. (Original-Beitrag.)

Der Bestimmung des Art. 47, Abs. 2 des H.-G.-B.s, wonach der Handlungsbevollmächtigte zur Prozeßführung ermächtigt ist, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist, haben sich die Winkelkonsulenten, sogenannten Volksanwalte und dergleichen Personen schleunigst bemächtigt, um in Prozessen als Bevollmächtigte auftreten zu können. Sie lassen sich nämlich von einem klagenden oder verklagten Kaufmanne eine Vollmacht ausstellen, in welcher derselbe

Digitized by Google

sie als seinen Handlungsbevollmächtigten bezeichnet, und sodann mit der Führung des einzelnen Prozesses oder auch sämmtlicher aus dem Handelsgeschäft entspringender Prozesse beauftragt.

Wie verschiedenartig die Beurtheilung der preuß. Gerichtshöfe ausgefallen ist, weisen die Bd. III, S. 81. 367; Bd. VII, S. 177; Bd. IX, S. 121 dieses Archivs; Kölner Central-Organ, Jahrg. 1863, S. 88; Preuß. Anwalts-Zeitg., Jahrg. 1863, S. 79; Jahrg. 1865, S. 766; Gruchot, Beiträge, Bd. 10, S. 88 mitgetheilten Erkenntnisse nach.*)

Nunmehr hat auch das Obertribunal Gelegenheit, sich über die Streitfrage auszusprechen.

In Wechselsachen des Kaufmanns Heynemann in Magdeburg wider den Kaufmann Weidle daselbst hatte der angebliche Handlungsbevollmächtigte des Klägers, Bammel, die Klage angestrengt; das Appellationsgericht in Magdeburg erkannte unterm 29. Juni 1867 auf Beseitigung des abweisenden Erkenntnisses erster Instanz, indem es erwog:

> „daß Art. 47 des H.-G.-B.s zwar bestimmt, daß der Handlungsbevollmächtigte auch zur Prozeßführung ermächtigt ist, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist, daß diese Vorschrift aber sich zunächst nur auf das Verhältniß des Handlungsbevollmächtigten zum Prinzipal bezieht, also nur bestimmt, inwiefern der letztere die Handlungen seines Bevollmächtigten anerkennen müsse, wenn dieser Handlungen vorgenommen oder veranlaßt hat, welche eine Prozeßführung betreffen,"

daß dagegen die nicht dem materiellen Rechte, welches das H.-G.-B. nur enthält, sondern dem Prozeßrechte angehörige Frage, durch welche Personen eine Partei sich vor Gericht vertreten lassen darf, nicht berührt wird, diese Frage vielmehr lediglich nach den betreffenden Prozeßgesetzen zu beantworten ist.

Sodann ist ausgeführt, daß nach §§ 22. 25. 29, I, 3 allg. Gerichts-Ordng.; § 26 der Verordng. vom 1. Juni 1833; § 1. 39 der Verordng. v. 21. Juli 1846 und dem Rescript v. 18. Juni 1840 (Just.-Min.-Bl., 1840, S. 207) die Vertretung vor Gericht nicht zulässig sei.

Die vom Kläger hiergegen ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde hat

*) Vgl. den vorhergehenden Zusatz dieses Bandes.

Digitized by Google

das Obertribunal zwar für begründet erachtet, in der Sache selbst jedoch das Erkenntniß zweiter Instanz aufrecht erhalten.

In dem Erkenntnisse vom 12. Septbr. 1867 heißt es:

„Um zu erkennen, ob eine Person zum Handlungsbevollmächtigten im Sinne des H.-G.-B.s bestellt worden, ist nach Art. 47 erforderlich, daß in der Bestallung, resp. Vollmacht erkennbar gemacht wird, daß der Prinzipal die bestimmte Person entweder mit dem Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder mit der Führung einer bestimmten Art von Geschäften oder einzelner Geschäfte in seinem Handelsgewerbe betraut hat. Erst durch eine solche Erkennbarmachung läßt sich ermessen, ob und inwieweit die bestellte Person ein zu dem Handelsgewerbe gehörendes Glied eines organischen Ganzen, mithin ein Handlungsbevollmächtigter im Sinne des H.-G.-B. ist, und nur ein solcher Handlungsbevollmächtigter erscheint nach Abs. 2 des Art. 47 zur Proceßführung ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist. Eine Vollmacht, die nichts weiter als die Ernennung zum Handlungsbevollmächtigten schlechthin mit der Ermächtigung zur Prozeßführung enthält, ist allein nicht ausreichend, um die ernannte Person als einen Handlungsbevollmächtigten erscheinen zu lassen, und sie zur selbstständigen Führung von Prozessen, wenn dieselben auch aus Geschäften des Handelsgewerbes hervorgegangen sind, zuzulassen. Von selbst leuchtet ein, daß die bloße Führung von Prozessen weder als ein Theil eines bestimmten Handelsgewerbes als solchen, noch auch als eine Art von Geschäften oder als einzelne Geschäfte in diesem Handelsgewerbe anzusehen ist. So nur liegt aber hier bezüglich des Bammel die Sache."

Der gesperrt gedruckte Satz ist anzuerkennen, er entscheidet den den einzelnen Fall, welcher vorlag. Das Obertribunal spricht von einer Erkennbarmachung der Eigenschaft des Handlungsbevollmächtigten; nun fragt es sich, was hierunter zu verstehen ist?

Die Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten ist nicht die Verleihung eines Titels, welcher durch ein Patent gewährt werden kann; die Handlungsvollmacht beruht vielmehr in einem thatsächlichen Verhältniß des Dritten zum Prinzipal, und nur derjenige ist ein Handlungsbevollmächtigter, welcher durch ertheilten Auftrag mit dem

Digitized by Google

Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes, oder bestimmter Art von Geschäften oder einzelnen Geschäften befaßt ist; selbstredend müssen dieß aber Handelsgeschäfte sein, denn andernfalls würde der Hausknecht und der zur Prozeßführung bevollmächtigte Rechtsanwalt zum Handlungsbevollmächtigten.

Wäre Inhalts der Vollmacht der Dritte mit dem Betriebe des Handelsgeschäfts beauftragt und ihm daneben die Befugniß zur Prozeßführung ertheilt, so würde er einstweilen, da der Auftrag als ernstlich gemeint anzunehmen ist, vom Gericht zugelassen werden müssen; wäre dagegen der Auftrag zum Handelsbetriebe nur ein fingirter, formell ertheilter, sachlich nicht vorhandener, mit dem Zwecke, die Befugniß zur Prozeßführung einzuschmuggeln, so würde der Vollmachtsträger vom Gericht zurückzuweisen sein, mag in der Vollmachtsurkunde sonst stehen, was da wolle.

Auf der andern Seite; hat der Prinzipal einen Dritten unter lediglicher Namensnennung zum Prozeßbevollmächtigten ernannt, so ist er zuzulassen, wenn er anderweit thatsächlich Handlungsbevollmächtigter ist.

Die Fähigkeit, als Prozeßbevollmächtigter auftreten zu können, ist Thatfrage, nicht Urkundenfrage.

Die Befugniß dagegen ist Urkundenfrage.

Die Erkennbarmachung liegt in der erwiesenen Thätigkeit des Bevollmächtigten nach Art. 47, Abs. 1 des H.-G.-B.s; der Inhalt der Vollmacht kann als Beweismittel dienen, ist aber als solches nicht unbedingt oder unwiderleglich. Keyßner.

Art. 47. 49. 298.

Stellung der Generalagenten von Feuerversicherungs-Gesellschaften.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 28. Februar 1867. (Original-Beitrag.)

Der Kaufmann Sch. war bei der Leipziger Feuerversicherungs-Gesellschaft versichert.

Die Police enthielt die Bestimmung:

Die Versicherung wird nur durch die gehörig geleistete Prämienzahlung gültig. Wenn die jährlich zahlbare Prämie

Digitized by Google

nicht mit dem Beginne jedes Versicherungsjahres bezahlt wird, so erlischt die Versicherung sofort.

Der Sch. wurde durch Brand beschädigt zu einer Zeit, für welche er die Prämie nicht bezahlt hatte, behauptete aber, indem er die Entschädigung einklagte, unter Anderem, daß der Generalagent der verklagten Gesellschaft ihm mit der Zahlung der Prämie Frist ertheilt habe.

Das Appellationsgericht verwarf diesen Einwand und das Obertribunal hat die deswegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Das H.-G.-B. hat es vermieden, über die kaufmännischen Agenten als solche besondere Vorschriften zu erlassen. Die bei seiner Berathung mehrfach darauf gerichtet gewesenen Anträge sind abgelehnt, weil man sich überzeugte, daß mit der Bezeichnung „Agent" ein bestimmter, genau in sich selbst und nach außen hin begrenzter Begriff nicht ausgedrückt werden würde.

(Prot., S. 103. 963. 1295. 4516. 4631.)

Die Agenten von Feuerversicherungs-Gesellschaften haben erfahrungsmäßig nach ihrem Geschäftsbetriebe für die Gesellschaft als deren Beauftragte und in deren Namen und zwar der Regel nach continuirlich und von einem bestimmten örtlichen Mittelpunkte aus selbstständige Versicherungsanträge aufzunehmen und Versicherungsverträge zu vermitteln resp. abzuschließen. Dergleichen Agenten stellen sich begreiflich zwar stets als Bevollmächtigte dar; sie gehören aber nicht zu den in dem Handelsgewerbe ihrer Machtgeber angestellten Personen, stehen nicht in dem untergeordneten Verhältnisse eines Handlungsbevollmächtigten zum Principal oder gar in dem Dienstverhältnisse eines Handlungsgehülfen und fallen daher nicht in die Kategorie derjenigen Personen, auf welche die gesetzlichen Bestimmungen der Präsumtiv-Vollmachten, insbesondere die Art. 47 und 49 des H.-G.-B., unmittelbar Anwendung finden. Vielmehr darf die Wirksamkeit der von ihnen eingegangenen Rechtsgeschäfte dem Auftraggeber gegenüber nur nach dem Umfange der für jeden Fall ihnen ertheilten Vollmacht bemessen werde.

(Vgl. die Commentare zum H.-G.-B. von Endemann, S. 767; Goldschmidt, S. 467. 471; von Hahn, I, S. 155; Busch, Archiv, I, 59. 188; IV, 356; VII, 94; VIII, 285.)

Digitized by Google

Wenn der Appellationsrichter also im vorliegenden Falle den Inhalt der dem Generalagenten B. ertheilten Vollmacht v. 28. Juli 1858 für entscheidend und von diesem Standpunkte aus eine etwaige Stundung der Prämienzahlung als außerhalb der Befugnisse des Agenten liegend erachtet hat; so kann ihm eine Verletzung des Art. 47 des H.-G.-B.s nicht zum Vorwurf gemacht werden. †

Art. 47.

Sind Agenten der Versicherungs-Gesellschaften auf Gegenseitigkeit zu den Handlungs-Bevollmächtigten zu zählen? Wirkung der Handlungsweise des Agenten bei Heranlockung des Versicherungsnehmers auf den Versicherungs-Vertrag. Fixirung der Beiträge im Gegensatz der Prämien.

Erk. des Stadt-Gerichts in Berlin v. 18. Juli 1867. (Original-Beitrag.)

Die Lebens-, Pensions- und Leibrenten-Versicherungs-Anstalt Iduna zu Halle verlangte vom Verkl. die Zahlung des Versicherungsbeitrages und verschiedener Nebenkosten. In dem den Verkl. verurtheilenden Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Berlin v. 18. Juli 1867 heißt es:

„Die von der Klägerin beigebrachten Statuten gelten dem Beklagten gegenüber als anerkannt und steht somit fest, daß die Klägerin eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit ist. Eine solche Gesellschaft in keine Handelsgesellschaft (vgl. Keyßner in Dr. Löhr's Central-Organ, Neue Folge, Bd. 1, S. 247 flg.; Bd. 2, S. 193; von Krämel in Busch, Archiv, Bd. II, S. 349; Bd. IX, S. 138; Striethorst, Archiv, Bd. 58, S. 325); es bleiben mithin rücksichtlich der Stellung des Agenten einer solchen Gesellschaft auch die Bestimmungen des H.-G.-B.s überhaupt und namentlich der Art. 41 flg. außer Anwendung, dergestalt, daß diese Agenten als Handlungsbevollmächtigte nicht anerkannt werden können.

Behauptet nun Verkl., daß hier der Agent R. die Zusicherung gegeben, daß der Jahresbeitrag für 1000 Thlr. Versicherungssumme nur höchstens einige 30 Thlr. betragen würde, so würde der Agent damit die Grenzen seines Auftrags überschritten haben; aus diesem Umstande stünde aber dem Verkl. nach § 90 flg., Thl. I, Tit. 13 a. L.-R. ein Anspruch gegen die Klägerin nicht zu, vielmehr würde er

Digitized by Google

sich deswegen lediglich an den Bevollmächtigten zuhalten haben, und folgt daraus, daß, wenn selbst der Agent R. dem Verkl. die behaupteten Angaben gemacht hätte, eine Ungültigkeit des sonst formell gültig geschlossenen Versicherungsvertrages nicht hergeleitet werden könnte. Verkl. wendet ferner ein, daß ihm von dem Agenten die Statuten der Gesellschaft nicht vorgelegt seien; aber auch dieser Umstand, falls er erwiesen würde, berührt die Ansprüche der Gesellschaft nicht, weil nach § 96 a. a. O. es Sache des Verkl. war, sich bei der Unterschrift des Versicherungsvertrages die darin in Bezug genommenen Tabellen vorzeigen zu lassen.

Endlich muß Verkl. aber auch wissen, daß bei einer Versicherungs-Gesellschaft auf Gegenseitigkeit ein höchster Betrag des zu zahlenden Beitrages im Voraus nicht angegeben werden kann; dieser Beitrag, beim Mangel eines Kapitals, welches das Risico trägt, sich nach Eintritt der Zahlungsverpflichtungen berechnet.

Gleichgültig schließlich ist es für die Gesellschaft, welche Zusicherungen der Agent rücksichtlich der Aufhebung der Police gethan haben mag; denn es sind keine Thatsachen vom Verkl. beigebracht, aus denen folgte, daß derselbe überhaupt ermächtigt gewesen, die geschlossenen Versicherungsverträge wieder aufzuheben. Hiermit erledigt sich auch die Folgerung, welche Verkl. daraus zieht, daß er auf Ersuchen des Agenten die Police zurückgesendet habe. h.

Art. 47. (58.)

Durch die Bestimmungen des Art. 47. 58 H.-G.-B. ist der **Umfang** der dem Handlungs-Bevollmächtigten und Handlungs-Gehülfen ertheilten **Vollmacht** nicht nur **Dritten** gegenüber, sondern zugleich auch dem **Principal** selbst gegenüber näher bezeichnet.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 13. September 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 256.)

Der Fabrikbesitzer Weitze in Stettin forderte von seinem Handlungsgehülfen George Entschädigung dafür, daß dieser Waaren des Klägers unter dem Factura-Preise verkauft hatte. In dem Erkenntnisse des Obertribunals wird ausgeführt:

„Der II. Richter hat die Schädensforderung als unbegründet verworfen, nachdem von dem Beklagten es eidlich abgelehnt worden,

Digitized by Google

von dem Kläger ausdrücklich angewiesen zu sein, nicht unter dem Factura-Preise zu verkaufen. Von dem Appellationsrichter ist in Bezug hierauf erwogen, daß durch diesen Eid die Behauptung des Klägers, daß Verklagter bei dem Verkaufe der Waaren gegen die ihm ausdrücklich ertheilte Instruction gehandelt habe, widerlegt sei, und daß auf Grund der Bestimmungen der §§ 47 und 58 des allg. d. H.-G.-B. mit dem ersten Richter angenommen werden müsse, daß Verklagter in Gemäßheit seiner Befugnisse sachgemäß verfahren sei.

Wegen dieser Erwägung wird von dem Kläger in seiner Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellationsrichter vorgeworfen, die §§ 47 und 58 des allg. d. H.-G.-B. verletzt zu haben. Denn diese Paragraphen bezögen sich nur auf den Umfang der Befugnisse des Handlungsbevollmächtigten resp. Gehülfen Dritten gegenüber. Sie bestimmten aber nicht über die Verpflichtungen jener gegenüber dem Principale, namentlich rücksichtlich der Frage, ob erstere bei Ausführung ihres Auftrages ihre Pflichten gehörig erfüllt, oder ob sie Versehen begangen und deßhalb regreßpflichtig seien. Alle diese Fragen, über welche das allg. H.-G.-B. nichts bestimme, seien gemäß des Art. 1 des allg. d. H.-G.-B. nach dem Civilrechte, also nach den §§ 56 und 57, I, 13 des allg. L.-R. zu entscheiden, und werde auch der Verklagte seiner Vertretungspflicht durch den von ihm abgeleisteten Eid nicht überhoben. Der Appellationsrichter habe deshalb die §§ 56 und 57, I, 13*) und die §§ 288 und 298, I, 5 des allg. L.-R. durch Nichtanwendung verletzt.

Allein wenngleich dem Kläger auch zuzugeben ist, daß die §§ 47 und 58 loc. cit. sich auf den Umfang der dem Handlungsbevollmächtigten resp. Gehülfen ertheilten Vollmacht beziehen, so ist doch durch die Bestimmungen dieser Artikel der Umfang ihrer Vollmacht nicht nur Dritten gegenüber, sondern zugleich auch dem Principale selbst gegenüber näher bezeichnet. Wenn daher der Appellationsrichter in Folge des von dem Verklagten in zweiter Instanz abgeleisteten Eides angenommen hat, daß derselbe beim Verkaufe der fraglichen Waaren unter dem Facturapreise nicht in-

*) Nach § 55 flg. L.-R., I, 13 haftet der Bevollmächtigte für diligentia quam suis. Wenn hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht ausgemittelt werden kann, für mäßiges Vergehen (culpa levis). Hat er den Auftrag als Kunst- oder Sachverständiger übernommen, so haftet er für geringes Versehen.

Digitized by Google

structionswidrig gehandelt habe, und von ihm außerdem festgestellt worden, daß der Verklagte bei diesem Verkaufe in Gemäßheit seiner Befugnisse sachgemäß verfahren sei, so ist nicht wohl abzusehen, wie der Appellationsrichter hier die Bestimmungen jener Art. durch unrichtige Anwendung verletzt haben soll. Durch die thatsächliche Feststellung, daß der Verklagte nach seinen Befugnissen sachgemäß verfahren sei, ist die Annahme eines von dem Verklagten bei Ausführung seines Auftrages verschuldeten Versehens von selbst als ausgeschlossen anzusehen."

Art. 64. (125. 170.)

Wichtige Gründe in Art. 64. 125. 170 H.-G.-B., namentlich bezüglich der ungekündigten Entlassung eines Handlungsdieners. Branntweintrinken desselben. Unterlassener Einspruch gegen die Entlassung. Annahme des Dienstzeugnisses und Bewerbung um ein anderes Dienstverhältniß als Beweis der stillschweigenden Genehmigung seitens des entlassenen Handlungsdieners.

Erk. des Stadtgerichts zu Berlin vom 24. Mai 1866. (Original-Beitrag.)

Der klagende Handlungs-Kommis war am 3. December 1866 von dem Verklagten ohne vorherige Aufkündigung des Dienstes entlassen worden; er erhob Anspruch für die Zeit nach der Dienstentlassung. Der Verklagte erhob dagegen die aus den nachfolgenden Erkenntnißgründen sich ergebenden Einwendungen.

Das Stadtgericht in Berlin hat jedoch den Verklagten durch Erk. vom 24. Mai 1867 verurtheilt.

Soweit dieselben hier interessiren, lauten die

Gründe:

Art. 62 des d. H.-G.-B. berechtigt indessen den Prinzipal zur Aufhebung des Dienstverhältnisses des Handlungsgehülfen aus wichtigen Gründen auch vor der bestimmten Zeit und hat die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe dem richterlichen Ermessen überlassen. Als ein solcher wichtiger Grund kann aber der vom Verklagten dafür geltend gemachte nicht erachtet werden. Ueberall

Digitized by Google

wo das d. H.-G.-B. aus wichtigen Gründen die Auflösung eines bestimmten Verhältnisses ohne vorgängige Aufkündigung oder Eintritt des Ablaufs der festgesetzten Zeit gestattet, wird vor allem darunter dauernde Unfähigkeit, Mißbrauch des geschenkten Vertrauens oder Unredlichkeit seitens des einen Kontrahenten verlangt, Art. 64. 125. 170 H.-G.-B.; also Gründe, bei deren Vorhandensein Erreichung des vorgesetzten Zwecks nicht wohl möglich ist. — Im vorliegenden Fall steht nun zunächst die Behauptung des Verklagten, daß er sich bei des Klägers Wiedereintritt in sein Geschäft im September v. J. ausdrücklich das Recht vorbehalten habe, den Kläger, im Fall sich derselbe wieder zum Comtoir Branntwein holen lassen oder solchen dort trinken sollte, sofort zu entlassen, beweislos da, und konnte daher bei dem Bestreiten des Klägers nicht weiter berücksichtigt werden. Der bloße Genuß von Branntwein in geringer Quantität macht aber den Handlungsgehülfen an sich noch nicht unfähig, die ihm übertragenen Geschäfte mit der erforderlichen Sorgfalt auszuführen und kann daher nach dem d. H.-G.-B. auch nicht als ein solcher wichtiger Grund gelten, welcher die Entlassung des Handlungsgehülfen seitens des Principals ohne vorgängige Kündigung rechtfertigt. Daß der Genuß des Branntweins vom Kläger in einem höheren Grade geschehen sei, hat der Verklagte nicht einmal behauptet. Aus demselben Grunde konnte aber auch der bloße Wortstreit, welchen Kläger am 3. December v. J. mit einem Fabrikarbeiter des Verklagten gehabt hat, nicht dessen sofortige Entlassung seitens des Verklagten rechtfertigen. Die Entlassung des Klägers durch den Verklagten ist sonach intempestive erfolgt, und ist daher Kläger gesetzlich berechtigt, vom Verklagten das festgesetzte Gehalt bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, also im vorliegenden Falle bis zum 1. April zu verlangen. Wenn Verklagter geltend macht, daß Kläger auf diesen Anspruch dadurch verzichtet habe, daß er Einspruch gegen seine Entlassung vom 3. December v. J. nicht erhoben, auch sein Zeugniß ohne Vorbehalt angenommen, und Schritte zur Erlangung einer andern Stelle gethan habe, so übersieht er, daß es zu einem solchen Verzicht nach §§ 381, Tit. 16, Th. I a. L.-R.*) einer ausdrücklichen

*) Dort heißt es: „Erlaß und Verzichtleistung erfordern allemal eine ausdrückliche Willenserklärung."

Digitized by Google

Erklärung des Klägers bedurft hätte, und daß der Inhalt des klägerischen Briefes vom 4. December v. J. selbst einen stillschweigenden Verzicht ausschließt. h.

Art. 85. (112. 163.)

Zum Nachweise des Vorhandenseins einer offenen Handelsgesellschaft bedarf es eines Weitern nicht, als daß dargethan wird, daß die zusammengetretenen Personen sich zu der Betreibung eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma **vereinigt** haben.

Hat dagegen die eine dieser Personen nur eine, ihre Betheiligung auf **gewisse Vermögens-Einlagen** beschränkende Handelsgesellschaft abgeschlossen, so ist es ihre Sache, diese Beschränkung ihrer Betheiligung **nachzuweisen**, wenn sie von einem Dritten, der mit der Gesellschafts-Firma contrahirt hat, als Solidar-Verpflichtete in Anspruch genommen wird.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 31. Mai 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 132.)

Der Kaufmann Jaeschke zu Breslau hatte der Firma Kasperczyk & Comp. Eisenwaaren geliefert, und klagte deren Kaufpreis gegen den Stadtrath Griet als angeblichen Mitinhaber der Firma ein. Der Beklagte bestritt seine Eigenschaft als Gesellschafter der gedachten Firma. Das Obertribunal führt in seinem Urtheile aus:

„In Art. 85 H.-G.-B. ist freilich der Begriff und das Wesen der offenen Handelsgesellschaft nicht näher definirt, sondern nur für das Vorhandensein einer offenen Handels-Gesellschaft als positives Erforderniß aufgestellt, daß zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, und dabei zugleich als negatives Requisit hinzugefügt, daß bei keinem dieser Gesellschaften die Betheiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.

Hieraus folgt aber keineswegs, daß denjenige, welcher den zwischen zwei oder mehreren Personen stattgefundenen Abschluß einer offenen Handels-Gesellschaft behauptet, außer dem positiven Erfordernisse auch das negative Requisit, durch welches die offene Handels-Gesellschaft sich von den andern Arten der Handelsgesellschaften, na-

Digitized by Google

mentlich von der Commandit- und von der Actiengesellschaft unterscheidet, als vorhanden nachweisen muß.

Aus jenem positiven Erfordernisse ergibt sich vielmehr von selbst, daß wenn zwei oder mehrere Personen sich zur Betreibung eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma verbunden haben, ohne über etwas Weiteres ausdrücklich miteinander überein zu kommen, eine offene Handelsgesellschaft mit der daraus sich ergebenden Solidarhaft der Gesellschafter (Art. 112 loc. cit.) als vorhanden anzunehmen ist, und daß es deßhalb zu dem Nachweise der Existenz einer offenen Handelsgesellschaft eines Weiteren nicht bedarf, als daß dargethan wird, daß die beiden, oder mehrere zusammengetretene Personen sich zur Betreibung eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma vereinigt haben. Hat dagegen die eine oder andere dieser Personen nur eine ihre Betheiligung auf gewisse Vermögenseinlagen beschränkende Handelsgesellschaft abgeschlossen, so ist es ihre Sache, diese Beschränkung ihrer Betheiligung nachzuweisen, wenn sie von einem Dritten, welcher mit der Gesellschaftsfirma contrahirt hat, als Solidarverpflichtete in Anspruch genommen wird. Letzteres, und daß solches zu dem von dem in Anspruch genommenen Verklagten zu führenden Gegenbeweise gehört, ergibt sich aus dem ganz richtig von dem Appellationsrichter in Bezug genommenen Absatz 3 des Art. 163 loc. cit., wie sich dieß auch besonders durch den Inhalt der Nürnberger Conferenz-Protocolle S. 4535—4539 bestätigt findet.

Mit Recht hat deshalb der Appellations-Richter angenommen, daß die in dem Absatz 1 des Art. 85 gedachte Beschränkung behauptet und bewiesen werden muß, und daß sie nicht vermuthet wird. Dieß und die Bestimmung des Absatzes 3 des Art. 163 steht auch mit den Regeln über die Beweislast und deren Vertheilung in vollem Einklange, und wird hiergegen von dem Verklagten vergeblich geltend zu machen gesucht, daß er jede Handelsgesellschaft bestritten habe, und deßhalb außer Stande gewesen sei, zu beweisen, daß keine offene Handelsgesellschaft, sondern eine Gesellschaft anderer Art zwischen ihm und dem J. Kasperczyk zu Stande gekommen sei. Umsomehr war es vielmehr die Sache des Verklagten, eine Beschränkung seiner Betheiligung an der Gesellschaft auf bestimmte Vermögenseinlagen jedenfalls eventuell zu behaupten und

Digitized by Google

zu beweisen, als von dem Kläger in zweiter Instanz ausdrücklich der Abschluß einer offenen Handelsgesellschaft zwischen dem Verklagten und dem J. Kasperczyk behauptet worden."

Art. 92.

Kann der Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluß zur Erhöhung der Einlage verpflichtet werden?

Erk. des Appell.-Gerichts zu Naumburg vom 9. November 1867. (Original-Beitrag.)

In dem Statut einer offenen Handelsgesellschaft war § 31 bestimmt:

„Ist eine Vermehrung des Anlage-Capitals erforderlich, so kann eine solche erfolgen:

a. durch Emittirung neuer Antheilscheine,

b. durch Ausschreibung von Nachschüssen,

jedoch höchstens zum Betrage von 20 Procent.

Ueber beides und die näheren Modalitäten entscheidet die Generalversammlung durch einen Beschluß, zu welchem eine Majorität der vertretenen Stimmen erforderlich ist."

Dagegen sollte nach dem § 25 eine Abänderung der Statuten von der Generalversammlung nur gültig beschlossen werden, wenn $^3/_4$ der berechtigten Stimmen vertreten sind, und von diesen sich eine Mehrheit von $^3/_4$ für diese Abändenung entscheidet.

Dieser letzteren Bestimmung entsprechend hatte die Generalversammlung mit einer Mehrheit von $^3/_4$ das Statut dahin abgeändert, daß Nachträge bis zum Betrage von 50% eingefordert werden sollten.

Diese überschießenden 30% klagte die Gesellschaft von einem Gesellschafter ein, welcher seine Weigerung besonders auf Art. 92 des H.-G.-B. stützte.

Das Kreisgericht zu Delitzsch verurtheilte den Verklagten, weil die Statutenänderung durch Majoritätsbeschluß der Generalversammlung im § 25 des Statuts ganz allgemein und ohne jede Beschränkung ausgesprochen sei. Sie erstrecke sich also folgerichtig auch auf den § 31, welcher über die Vermehrung des Grund-Capitals spricht. Hätte die Abänderung dieses § 31 nach der Absicht der Con-

Digitized by Google

trahenten nur mit dem Consens aller Gesellschaftsglieder erfolgen sollen und dürfen, so würde dieß im § 25 als eine besondere Ausnahme der zulässigen Statutenänderung per majora haben ausgesprochen werden müssen. Art. 92 des H.-G.-B. finde nur Anwendung, wenn nicht, wie im vorliegenden Falle, im Statut der Gesellschaft entgegengesetzte Bestimmungen getroffen seien.

Auf die Appellation des Verklagten sind jedoch die Kläger durch Erk. des Appell.-Gerichts zu Naumburg vom 9. November 1867 abgewiesen, und heißt es in den Gründen:

Die Fassung des Art. 92 des H.-G.-B.s ist insofern unklar, als man nicht weiß, was der Artikel, welcher lautet:

> Ein Gesellschafter ist nicht verpflichtet, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen ..

unter dem vertragsmäßigen Betrage versteht. Ob insbesondere, wie der 1. Richter annimmt, zu diesem Betrage auch derjenige Betrag zu rechnen ist, welcher auf Beschlüssen beruht, die in der im Gesellschaftsvertrage vorgeschriebenen Form abgefaßt sind.

Zur Ermittelung der eigentlichen Bedeutung des Art. 92 erscheint es nöthig, auf die Vorarbeiten zum H.-G.-B. zurückzugehen.

Schon Art. 97 des preuß. Entwurfs lautete:

> Ein Gesellschafter kann nicht gezwungen werden, die Einlage über den vertragsmäßigen Betrag zu erhöhen.

Warum die Worte „kann nicht gezwungen werden" in „ist nicht verpflichtet" geändert worden, das ergeben die Protocolle nicht. Jedenfalls ist dieser Abänderung keine Bedeutung beizulegen, da gegen die Fassung des Art. 97 des preuß. Entwurfs nach S. 178 und 985 der Protocolle weder bei der 1. noch bei der 2. Lesung etwas erinnert ist.

Nun bemerken aber die Motive zum Art. 97 des preuß. Entwurfs S. 54:

> Die über die Höhe der Beiträge getroffene Vereinbarung ist ein wesentlicher Theil des Gesellschaftsvertrages, und kann deshalb nur mit Zustimmung aller Gesellschafter geändert werden. (Vergl. a. L.-R. Th. II, Tit. 8, § 631, 632.)

Ferner lautet § 631 Thl. II, Tit. 8 des a. L.-R.s:

> Sollen jedoch Geschäfte der Societätshandlung durch neue

Digitized by Google

Beiträge erweitert werden, so kann dieß nur durch Uebereinstimmung sämmtlicher Mitglieder geschehen.

Sonach sprechen es die Motive deutlich aus, daß die Höhe der Beiträge, wie sie im Gesellschaftsvertrage festgesetzt ist, später nur mit Zustimmung aller Gesellschafter geändert werden, also auch kein Mehrheitsbeschluß eine Verpflichtung zur Vermehrung der Einlagen begründen kann.

Dasselbe ist aber mit den im Art. 92 des H.-G.-B.s gebrauchten Worten gesagt, wenn man in demselben das Gewicht auf das Wort „vertragsmäßig" legt. Denn ein Vertrag kann doch nur durch Uebereinstimmung des Willens aller Betheiligten geschlossen werden. Durch Mehrheitsbeschlüsse kann unter den Abstimmenden an sich kein Vertrag entstehen.

Somit sondert Art. 92 des H.-G.-B. die Erhöhung der Einlagen von denjenigen Gegenständen aus, über welche die Gesellschafter als solche durch ihre Beschlüsse verfügen können.

Die Höhe der Einlage richtet sich also lediglich nach dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage.....

Nur wenn im Gesellschaftsvertrage, als welcher in dem vorliegenden Falle das Statut vom 9. Februar 1865 anzusehen ist, ausdrücklich der Generalversammlung das Recht beigelegt wäre, eine Erhöhung der Beiträge über 20% hinaus zu beschließen, so würde dieß nach Art. 90 des H.-G.-B.s die Anwendung des Art. 92 auf den vorliegenden Fall ausschließen.

Dafür spricht sich auch v. Hahn in seinem Commentar zu Art. 92 aus.

Art. 130. 199.

Einfluß des Austrittes eines persönlich haftenden Gesellschafters und Eintritt eines neuen Gesellschafters an seine Stelle auf dem Bestand der Kommanditgesellschaft überhaupt und der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere.

Verf. des Kammergerichts in Berlin vom 9. October 1867. (Original-Beitrag.)

In dem Handelsregister des Stadt-Gerichts in Berlin ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien Firma:

Digitized by Google

„Berliner Pferde-Eisenbahn-Gesellschaft."
„L. Beeskow"

eingetragen. Es wurde beantragt, diesen persönlich haftenden Gesellschafter zu löschen und an seine Statt den Premier-Lieutenant a. D. A. v. H. einzutragen. Das Stadt-Gericht hatte diesen Antrag zurückgewiesen, auf erhobene Beschwerde erhielt das Kammer-Gericht diese Verfügung aufrecht und sagt:

„Der Rücktritt des persönlich haftenden Gesellschafters hat für jede Kommanditgesellschaft die Auflösung derselben zur nothwendigen Folge, weil jede Kommanditgesellschaft das Vorhandensein mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters voraussetzt (Art. 130 H.-G.-B.). Durch den Eintritt eines neuen persönlich haftenden Gesellschafters an Stelle des bisherigen wird eine neue Gesellschaft, wenngleich mit denselben Personen als Kommanditisten begründet.

Wenn die Generalversammlung daher im vorliegenden Falle mit Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters beschlossen hat, daß beim Austritt des Letzteren die Gesellschaft mit einem anderen fortgesetzt werden solle, so muß eine solche Verabredung dahin aufgefaßt werden, als ob für den gedachten Fall die Auflösung der Gesellschaft verabredet worden wäre und die Kommanditisten sich nur verpflichtet hätten, eine neue Gesellschaft mit einem anderen persönlich haftenden Gesellschafter zu begründen.

Es bedarf deshalb nicht einmal des Hinweises auf Art. 199 H.-G.-B., welcher aus Utilitätsrücksichten, um einer möglichen Benachtheiligung des Publikums und der Kommanditisten vorzubeugen, die Auflösung der Gesellschaft selbst für den Fall vorschreibt, daß von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern nur einer austritt.

H.

Art. 133. 136. 137. 144.

Nach Auflösung der Handels-Gesellschaft erhält dieselbe in den **Liquidatoren** ihre **Organe** für die Wahrnehmung und Geltendmachung der aus dem Gesellschafts-Verhältnisse herrührenden Rechte. Die **einzelnen Gesellschafter als solche** sind **nicht** mehr zur **Vertretung** des Gesellschafts-Vermögens oder ihres Antheils daran befugt.

Digitized by Google

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 27. September 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 265.)

In Beziehung auf die Activ-Legitimation steht fest, daß die Gesellschaft „O. H. Brandt," an welcher die Parteien betheiligt waren, am 1. Juli 1863 aufgelöst und in Liquidation begriffen ist, und daß die Gesellschafter, deren noch mehrere waren, als die Parteien, zu Liquidatoren, mit Ausnahme des Verklagten, bestellt sind. Durch die Auflösung der Gesellschaft haben von Rechtswegen die Beziehungen, in welchen die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zu einander standen, aufgehört. Die durch sie begründeten Rechtsverhältnisse sollen jedoch, während die Liquidation dauert, in derselben Lage fortbestehen, und gerade durch die Liquidation sollen sie abgewickelt werden. In den Liquidatoren erhält aber die Gesellschaft ihre Organe für die Wahrnehmung und Geltendmachung der aus dem Gesellschaftsverhältnisse herrührenden Rechte (Art. 133. 137. 144 des allg. d. H.-G.-B., Endemann, deutsches Handelsrecht, § 47). Daraus folgt, daß die einzelnen Gesellschafter als solche nicht mehr zur Vertretung des Gesellschaftsvermögens oder ihres Antheils daran legitimirt sind. Aber auch, sofern der Kläger Liquidator ist, ist er doch für sich nicht, auch nicht in der Art und Weise, wie er den Klageantrag gestellt hat, berechtigt zu der Klage, da nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 136 loc. cit. mehrere Liquidatoren nur in Gemeinschaft handeln sollen. Wenn hiernach dem Kläger das Recht zu der angestellten Klage abgeht, so ist die Abweisung derselben geboten.

Art. 199.

Ist festgestellt, daß eine Commandit-Gesellschaft auf Actien trotz veränderter Firma **mit einer anderen gleichartigen Gesellschaft identisch** ist, so haftet der **Gerant** der neuen Gesellschaft für die von dem Geranten der älteren Gesellschaft contrahirten Schulden.*)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 21. Juni 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 257.)

Nicht minder unbegründet ist der dritte Angriff, daß die § 1.

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. X, S. 304.

Digitized by Google

74—75, L.-R. I, 5 verletzt seien, weil Kläger nicht mit Carl de Nys contrahirt habe, und dieser nicht erklärt habe, für die Schulden der Gesellschaft haften zu wollen. Carl de Nys ist als Gerant der Gesellschaft „Vereinigte Präsident" für eine von der Gesellschaft „Firma Alsberg" contrahirte Verbindlichkeit in Anspruch genommen und für haftbar erklärt, weil festgestellt ist, daß die jetzige Gesellschaft „Vereinigte Präsident" trotz veränderter Firma mit der Gesellschaft „Firma Alsberg" identisch sei, und weil de Nys als Gerant die Gesellschaft vertreten muß. Steht das fest, so passen jene Angriffe nicht.

Art. 214. (209. 215. 242.)

Beschluß der General-Versammlung einer Actien-Gesellschaft, betreffend die Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statut beschränkte Dauer.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 4. Juli 1867. (Original-Beitrag.)

Im X. Bande dieses Archivs sind S. 328 ein Erkenntniß des Commerzcollegii zu Königsberg und S. 331 das darauf ergangene Erkenntniß des ostpreußischen Tribunals daselbst abgedruckt, welche sich über den in der Ueberschrift bezeichneten Gegenstand verbreiten. In dem letzten Erkenntnisse ist in casu die Wirksamkeit eines Beschlusses der General-Versammlung einer Actien-Gesellschaft betreffend die Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statut beschränkte Dauer der Gesellschaft bejahet.

Dieses Erkenntniß ist vom Obertribunal auf die Revision der Kläger bestätigt.

Wir theilen die Gründe dieses Erkenntnisses mit, obwohl das Erkenntniß die Frage dahingestellt sein läßt: ob das H.-G.-B. eine Verlängerung des Actiensocietätsvertrages mittelst eines Majoritätsbeschlusses zuläßt oder nicht? Wir glauben, daß diese Mittheilung dadurch gerechtfertigt ist, daß die Bestimmungen der Statuten anderer in Preußen concessionirter Privatbanken mit den in Rede stehenden Statuten der Königsberger Privatbank wörtlich übereinstimmen. Das Erkenntniß ist aus diesem Grunde und wegen seiner großen Tragweite in Bezug auf die Verhältnisse der Actionäre von allgemeinem Interesse.

Digitized by Google

Die Gründe sind folgende:

Der § 51 des Statuts vom Jahre 1856 bestimmt:

> Nur in einer außerordentlichen Generalversammlung kann eine Abänderung der Statuten resp. eine Erhöhung des Capitals durch Ausgabe neuer Actien oder auch die Auflösung der Gesellschaft beschlossen werden.

Mit Unrecht wollen die Kläger diese Festsetzung auf den Beschluß, mittelst dessen die im § 3 des Statuts ursprünglich auf 10 Jahre bestimmte Dauer der Gesellschaft auf fernere 15 Jahre ausgedehnt worden ist, für nicht anwendbar erachtet wissen. Die Worte des § 51:

> „Eine Aenderung der Statuten resp. eine Erhöhung des Capitals durch Ausgabe neuer Actien oder auch die Auflösung der Gesellschaft"

bieten für die Ansicht der Kläger keinen Anhalt dar. Diese wollen die Ausdehnung der Dauer der Societät über den statutenmäßigen zehnjährigen Zeitraum hinaus nicht für eine „Veränderung" der Statuten gelten lassen, weil die Wirksamkeit des betreffenden Beschlusses erst mit dem Zeitpunkte eintrete, wo der durch das Statut begründete Gesellschaftsvertrag bereits abgelaufen sei, der Beschluß mithin eine Erneuerung, nicht aber eine Abänderung des Statuts zum Gegenstande habe. Dem ist jedoch nicht beizutreten. In dem § 51 sind durch die mit: „respect." beginnenden Worte nur „die Erhöhung des Capitals durch Ausgabe neuer Actien und die Auflösung der Gesellschaft" den „Abänderungen der Statuten" gegenübergestellt oder doch von diesen allgemeinen Begriffen ausgesondert. Dadurch ist zu erkennen gegeben, daß der Ausdruck „Abänderung" auf alle übrigen Bestimmungen der Statuten, also auch auf die im § 3 vorgesehene zehnjährige Dauer der Gesellschaft Anwendung findet.

Die Unrichtigkeit der Ansicht der Kläger, daß der die fernere Dauer der Societät während eines fünfzehnjährigen Zeitraumes betreffende Beschluß nicht eine Statuten-Abänderung, sondern eine Erneuerung des Vertrags involvire, wird aber auch sofort erkennbar, wenn unterstellt wird, daß jener Beschluß schon im ersten Jahre des Bestehens der Actien-Gesellschaft unter königl. Sanction gefaßt, also schon damals bestimmt worden wäre:

Digitized by Google

daß die Gesellschaft nicht in Gemäßheit des § 3 der Statuten nur 10, sondern 25 Jahre bestehen solle.

Es würde dann sprachlich nicht zulässig gewesen sein, den Beschluß als eine „Erneuerung" des eben erst in Wirksamkeit getretenen Vertrags zu bezeichnen, vielmehr würde nur die Bezeichnung als „Abänderung" einer einzelnen Bestimmung der Statuten als zutreffend haben gelten können. Auf die Zulässigkeit und Rechtsbeständigkeit des Beschlusses kann es aber von keinem Einflusse sein, ob derselbe in einer früheren oder späteren Zeit des statutenmäßigen Bestehens der Gesellschaft gefaßt worden ist.

Der erste Richter meint, es sei unter dem im § 51 gebrauchten Ausdrucke „Statuten" nicht der in der Schrift oder dem Drucke niedergelegte Gesellschaftsvertrag, also das Vertragsinstrument, sondern „der Inbegriff der von der Gesellschaft behufs Erreichung des Gesellschaftszweckes sich selbst gesetzten Normen" zu verstehen, und er leitet hieraus her, daß es zu einer Verlängerung der Dauer der Gesellschaft über den zehnjährigen Zeitraum hinaus der Zustimmung sämmtlicher Actionäre bedurft habe.

Dem steht jedoch zunächst entgegen, daß von dieser — ohnehin nicht genügend präcisen — Auffassung des Ausdrucks „Statuten" im § 51 ausgegangen, es völlig unbestimmt bleiben würde, welche Vertragsbestimmungen auf Grund dieses § abgeändert werden durften, indem dann mit gleichem Rechte, wie die im § 3 enthaltene Festsetzung zehnjähriger Dauer des Vertrags, auch andere Bestimmungen von der Anwendbarkeit des § 51 ausgeschlossen werden könnten.

Daß unter dem Ausdrucke „Statuten" in diesem § nichts Anderes als die Gesammtheit der in der Urkunde enthaltenen einzelnen Bestimmungen zu verstehen ist, ergibt sich aber auch aus der Fassung des unmittelbar folgenden § 52, welcher dem Regierungscommissar zur Pflicht macht, darüber zu wachen, daß die Vorschriften der Statuten in allen Punkten zur Ausführung gelangen. Umfaßt aber hiernach das Wort „Statuten" im § 51 alle in den vorangegangenen §§ enthaltenen Bestimmungen, so hätte es in demselben ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, wenn gleichwohl die im § 3 enthaltene Festsetzung zehnjähriger Dauer von der Zulässigkeit einer Abänderung mittelst eines in Gemäßheit des § 51 zu fassenden Beschlusses hätte ausgeschlossen werden sollen. Es erscheint daher

Digitized by Google

auch unerheblich, daß der ohnehin nur von der Nothwendigkeit landesherrlicher Genehmigung handelnde § 4 des in den Statuten (§ 1) in Bezug genommenen Gesetzes vom 9. November 1843 von „Veränderungen und Verlängerungen" des Gesellschaftsvertrages spricht*), zumal eine solche Trennung beider Begriffe in der That dann Platz greift, wenn eine Fortsetzung des Vertrages über die ursprünglich bestimmte Zeit hinaus erst nach dem in den Statuten fixirten Termine beschlossen wird.

Böte der § 51 der Statuten gleichwohl Anlaß zu Zweifeln dar, so würde die Auslegung, welche der Appellationsrichter ihm gibt, jedenfalls eine erhebliche Unterstützung darin finden, daß die Staatsbehörde, welche die Statuten vom Jahre 1856 genehmigt hat, auch den Beschluß der Generalversammlung vom 22. December 1865 bestätigt und hierdurch zu erkennen gegeben hat, daß sie bei der Bestätigung der Statuten davon ausgegangen sei, der § 51 umfasse alle Abänderungen, einschließlich der im § 3 enthaltenen Bestimmung über die Dauer der Bank.

Findet hiernach die Entscheidung des Appellationsrichters in den den gesetzlichen Bestimmungen derogirenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ihre Rechtfertigung, so kann es dahingestellt bleiben, sowohl ob der Art. 12 des Einführungsgesetzes zum H.-G.-B. die Vorschriften des Gesetzes auch im Betreff solcher Actiengesellschaften, welche schon vor der Emanation des allgem. H.-G.-B.s ins Leben getreten sind, außer Kraft gesetzt hat**), als auch, ob dieß Gesetzbuch eine Verlängerung des Actien-Societäts-Vertrages mittelst eines Majoritätsbeschlusses zuläßt oder nicht.

Hiernach war das Appellationsurtel zu bestätigen.

---

*) § 4 des Gesetzes vom 9. November 1843 über die Rechtsverhältnisse der Actiengesellschaften (G.-S., 1843, S. 341):

„Jede Veränderung oder Verlängerung des Gesellschaftsvertrages bedarf ebenfalls der landesherrlichen Genehmigung, sowie der im § 3 vorgeschriebenen Bekanntmachung."

**) Art. 12 des preuß. Einf.-Gesetzes:

„In Bezug auf die Actiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, treten die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs an die Stelle des Gesetzes über Actiengesellschaften vom 9. November 1843.

Digitized by Google

Art. 271 flg. (286.)

Die Beurtheilung darüber, ob ein Rechtsgeschäft als **Handelsgeschäft** zu betrachten sei, ist von verschiedenen thatsächlichen Voraussetzungen abhängig, über welche sich **auszusprechen dem Gegentheil Gelegenheit gegeben** werden muß.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 19. April 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 135.)

Obgleich der Kläger schon in der Klage sein Recht, vom Vertrage zurückzutreten, darauf gründete, daß das eingetauschte Pferd nicht halb so viel werth sei, als er dafür gegeben, so hat der Beklagte doch diese Befugniß in den Vorinstanzen nur deshalb bestritten, weil er die behauptete Verletzung thatsächlich in Abrede stellte, nicht deshalb, weil das fragliche Tauschgeschäft, als ein Handelsgeschäft, nach Art. 286 H.-G.-B. wegen Verletzung über die Hälfte überhaupt nicht anfechtbar sei. Da in der Behauptung der Klage die Anwendbarkeit des Art. 286 H.-G.-B. für nicht zulässig erklärt war, so hätte Verklagter, wenn er die Anführung des Klägers für unbegründet gehalten hätte, weil ein Handelsgeschäft abgeschlossen worden, dieses in I. und II. Instanz zu behaupten Veranlassung genug gehabt. Er hat aber diese Behauptung erst in der Nichtigkeitsbeschwerde zur Sprache gebracht.

Da indessen die Beurtheilung darüber, ob ein vorliegendes Rechtsgeschäft als ein Handelsgeschäft zu erachten, von verschiedenen thatsächlichen Voraussetzungen abhängt, über welche sich auszusprechen, dem Gegentheil Gelegenheit gegeben werden muß, so folgt hieraus, daß Verklagter, wenn er auf seine Behauptung, das in Rede stehende Tauschgeschäft sei ein Handelsgeschäft, einen Einwand gründen wollte, dieselbe in den Vorinstanzen hätte anbringen müssen.

Art. 273. 274.

Der vom Kaufmanne mit seinem **Reisenden** geschlossene **Dienstvertrag** ist ein Handelsgeschäft*).

Erk. des V. (Rheinischen) Senats des Obertribunals

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. II, S. 178; Bd. IV, S. 326; Bd. V, S. 249; Bd. VI, S. 23. 490; Bd. VII, S. 21; Bd. IX, S. 35. 125; Bd. XI, S. 244.

Digitized by Google

zu Berlin vom 26. Februar 1867. (Archiv f. Civ.- und Crim.-R. d. Rheinprovinz, Bd. 61, Abth. 2, S. 7.)

In Erwägung, daß nach Art. 274 H.-G.-B. alle von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge im Zweifel als zu dem Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gelten sollen;

daß nach Art. 273 jedes einzelne zu dem Betriebe des Handelsgewerbes gehörige Geschäft eines Kaufmannes als Handelsgeschäft anzusehen ist;

daß diese Bestimmung in ihrer Allgemeinheit nicht blos Geschäfte umfaßt, welche einen unmittelbaren Güter-Umsatz zum Gegenstande haben, sondern auch Geschäfte, durch welche die zu dem Umsatze erforderliche Betriebsthätigkeit selbst vermittelt wird;

daß in dem vorliegenden Falle der Dienstvertrag der Cassations-Klägerin (Handels-Gesellschaft Peter Ludwig Schmidt) mit dem Cassations-Verklagten (Kaufmann Schochow) die Mitwirkung des letzteren als Reisenden bei dem Betriebe des Eisen-Waaren-Geschäfts zum Gegenstande hatte, und daher auf Seite des Ersteren ein Handelsgeschäft war;

daß ein Grund gegen diese Annahme aus der Zusammenstellung der Nr. 5 mit Nr. 1 des Art. 2 Einf.-Ges. zum H.-G.-B.*) nicht entnommen werden kann, da für die Frage, welche Geschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen sind, das H.-G.-B. selbst der Sitz der Materie ist; daß mit den Vorschriften desselben die Bestimmungen des Einf.-Gesetzes als im Einklange stehend zu betrachten sind; und der Umstand, daß in Art. 2, Nr. 5 die Rechtsverhältnisse zwischen dem Handlungsgehülfen und dem Eigenthümer der Handels-Niederlassung unter den Handelssachen aufgenommen sind, nicht den Schluß rechtfertigt, daß diese Rechtsverhältnisse zu den in Art. 2, Nr. 1 erwähnten Handelsgeschäften selbst insoweit nicht gehören, als sie nach Art. 273 H.-G.-B. unter die Handelsgeschäfte fallen.

Art. 273. 274. 317.

Ist der von einem **Kaufmanne** zur Deckung einer Nicht-Handelsschuld gezeichnete **Wechsel** und die

*) Abgedruckt in Busch, Archiv, Bd. VI, S. 24.

Digitized by Google

zur Deckung dieser Wechselschuld geschehene **Cession** einer Forderung als ein **Handelsgeschäft** anzusehen?*)

Erk. des Appellations-Gerichts zu Hamm v. 23. Febr. 1866 und des Obertribunals zu Berlin vom 9. Octbr. 1866. (Gruchot, Beiträge, Jahrg. XI, 1867, S. 404.)

Das Appell.-Gericht zu Hamm führt aus:

„Der Wechsel, zu dessen Tilgung die Forderung dem Verklagten cedirt worden ist, soll zwar nach der Behauptung des Klägers dem Beklagten von dem Gemeinschuldner zur Deckung des Kaufpreises für ein Grundstück und für ein zum Betriebe der eigenen Landwirthschaft des Gemeinschuldners bestimmtes Pferd ausgestellt sein, also zur Deckung von Forderungen, welche der Verklagte wider den Gemeinschuldner aus einem anderen, als einem Handelsgeschäfte erworben hatte.

Allein daraus allein, daß die Forderungen des Verklagten, zu deren Deckung ihm von dem Gemeinschuldner der Wechsel ausgestellt worden, aus einem anderen als einem Handelsgeschäft originirten, folgt keineswegs, daß die Ausstellung und Hingabe des Wechsels ebenfalls kein Handelsgeschäft gewesen ist.

Es ist hier daran zu erinnern, daß nach Absatz 2 des Art. 274 des H.-G.-B. selbst bloße von einem Kaufmanne gezeichnete Schuldscheine als in Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet gelten, sofern sich nicht „aus denselben" das Gegentheil ergibt, daß also, wenn in dem vorliegenden Falle der Gemeinschuldner dem Beklagten statt des Wechsels einen bloßen Schuldschein ausgestellt hätte, dieser Schuldschein, abgesehen von der gedachten Ausnahme, als im Betriebe des Handelsgewerbes des Gemeinschuldners gezeichnet gelten würde. Wechsel aber gehören vorzugsweise gerade zu den Handelspapieren. Wenn ein Kaufmann Wechselverbindlichkeiten eingeht, so wird in Betreff der Eingehung solcher Verbindlichkeiten, sofern dieselbe nicht etwa unter einem von der Firma des Kaufmanns verschiedenen Namen erfolgt ist, thatsächlich nicht wohl ein Zweifel erhoben werden können, daß dieselben als zum Betriebe

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. III, S. 366; Bd. IV, S. 174. 464; Bd. VI, S. 13. 35; Bd. VII, S. 184; Bd. X, S. 479, und die Abh. von Lesse, Bd. IV, S. 138 flg. und Voigtel, Bd. VIII, S. 429 flg., 443 flg. — Siehe auch unten Zusätze zu Art. 277. 317 und 359.

Digitized by Google

des Handelsgewerbes gehörig eingegangen worden. Insbesondere aber ist nicht abzusehen, wie der Umstand, daß die Wechselverbindlichkeit eingegangen worden, um eine Schuld des Kaufmanns aus einem Nicht-Handelsgeschäfte zu decken, bezweifeln lassen sollte, daß die Eingehung der Wechselverbindlichkeit zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gewesen. Aus einem Wechsel, welcher nicht mit dem etwa von der Firma verschiedenen Namen des Kaufmanns gezeichnet worden, würde sich niemals entnehmen lassen, daß derselbe außerhalb des Betriebes des Handelsgewerbes gezeichnet worden. In dem vorliegenden Falle ist von dem Kläger weder behauptet worden, daß der Gemeinschuldner eine von dessen Namen verschiedene Firma geführt, und mit diesem, von der Firma verschiedenen Namen den fraglichen Wechsel gezeichnet habe, noch liegen, abgesehen von dem erörterten, unerheblichen Umstande, Zweifel dagegen vor, daß die Eingehung der Wechselverbindlichkeit von dem Gemeinschuldner in dem Betriebe seines Handelsgewerbes geschehen ist.

Die Ausstellung und Hingabe des fraglichen Wechsels ist in Folge dessen gemäß Abs. 1, Art. 274 und Abs. 1, Art. 273 cit. als ein Handelsgeschäft anzusehen.

Hierauf kommt es jedoch in erster Linie nicht einmal an. Der Kläger ficht nicht die Ausstellung des Wechsels als ungültig an, sondern die zur gänzlichen oder theilweisen Tilgung dieses Wechsels erfolgte Cession der dem Gemeinschuldner wider den S. zustehenden Forderung. Es handelt sich also darum, ob diese Cession ein Handelsgeschäft ist oder nicht.

Die Frage ist auf Grund des Abs. 1, Art. 274 und Abs. 1, Art. 273 zu bejahen. Einmal weil die Cession der Forderung eben geschehen ist, um die Schuld des Gemeinschuldners aus dem mehrerwähnten Wechsel, also nach der obigen Feststellung aus einer Handelsschuld zu decken. Dann aber auch ganz abgesehen hiervon, weil ein Zweifel dagegen, daß die Cession als zum Betriebe des Handelsgewerbes des Gemeinschuldners gehörig geschehen nicht vorliegt, und die Cession sogar „im Zweifel," also so lange aus den Umständen nicht das Gegentheil erhellt, als zu jenem Betriebe gehörig gelten würde. Ein solcher Zweifel würde in dem vorliegenden Falle nur dann erhoben werden können, wenn Operationen, welche ein Kaufmann zur Deckung einer aus einem Nicht-Handels-

Digitized by Google

geschäft entstandenen Schuld vornimmt, grundsätzlich ebenfalls als nicht zum Betriebe des Handelsgeschäfts gehörig anzusehen sein würden. Die Aufstellung eines solchen Grundsatzes würde aber weder den in Rede stehenden gesetzlichen Vorschriften noch der Natur der Sache entsprechen.

Endlich will der Kläger selbst für den Fall, daß das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, das sogenannte pactum de cedendo (§ 132 a. L.-R., I, 2; § 2 a. L.-R., I, 9; § 376 a. L.-R., I, 11), hier also die Angabe an Zahlungsstatt, als ein Handelsgeschäft anzusehen sein sollte, das Cessionsgeschäft selbst als Erwerbsart — § 131 a. L.-R., I, 2; § 1 a. L.-R., I, 9; § 377 a. L.-R., I, 11 — von dem ersteren trennen, und als ein Handelsgeschäft nicht angesehen wissen. Zu einer solchen Trennung ist jedoch ein Grund, wenigstens in dem vorliegenden Falle, nicht vorhanden. Der § 393 a. L.-R., I, 11 bestimmt:

> „Durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll und durch die Annahme dieser Erklärung geht das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über."

Diese wechselseitigen Erklärungen bilden den Inhalt des Cessionsgeschäfts, und das in dem vorliegenden Falle nach der Behauptung des Verklagten abgeschlossene Cessionsgeschäft ist — die Richtigkeit der Behauptung vorausgesetzt — nach der obigen Ausführung auf Seiten des Gemeinschuldners ein Handelsgeschäft gewesen.

Demgemäß ist, ohne daß es noch darauf ankommen könnte, ob und inwieweit dasselbe auch auf Seiten des Verklagten ein Handelsgeschäft gewesen (Art. 277 H.-G.-B.), zur Gültigkeit der Cession nach Art. 317 ebenda die schriftliche Form nicht für erforderlich zu erachten."

Das Obertribunal trat diesen Ausführungen bei, und äußerte sich über einen ferneren Anfechtungs-Grund des Klägers, wie folgt:

„Der Implorant (Kläger) behauptet auch, daß die mündliche Cession zur Tilgung einer Forderung erfolgt sei, der Art. 317 aber nur von Eingehung, nicht von Erfüllung der Verbindlichkeiten handle, für letztere, wenn sie durch cessio in solutum erfolge, also die Vorschriften des allgemeinen Land-Rechts zur Anwendung kommen

Digitized by Google

müßten. Dieser Angriff erscheint nicht begründet. Allerdings steht der Art. 317 in dem dritten Abschnitte über die Abschließung der Handelsgeschäfte und der Abschnitt 4 (Erfüllung der Handelsgeschäfte Art. 324—336) enthält keine, dem Art. 317 gleichlautende Vorschrift der Formlosigkeit des Erfüllungs-Acts. Daraus folgt aber nicht, daß Art. 317 hier zu Unrecht angewendet wäre. Für unmittelbare Erfüllungsacte: Zahlung, Tradition ꝛc. kennt auch das allgem. Land-Recht keine schriftliche Form. Erfolgt aber die Erfüllung durch cessio in solutum, so wird sie durch einen Act vermittelt, der selbst ein Vertrag ist,

Allg. L.-R., Thl. I, Tit. 11, § 376 und Thl. I, Tit. 16, § 235 flg.,

also abgeschlossen werden muß, mithin in dem Abschnitt 3 des H.-G.-B.s fällt, und für den es nach Art. 317 einer Form nicht bedarf. Die Tilgung der Forderung, für welche die andere cedirt wird, liegt nicht in der Cession selbst, sondern ist erst eine Folge davon, die als Wirkung vermöge des Gesetzes eintritt."

Art. 274.

Die **Bürgschaft** eines **Kaufmannes** für eine Handelsschuld ist ein Handelsgeschäft, sofern nicht der Beweis geführt wird, daß die Bürgschaft nicht zum Handelsgewerbe des Bürgen gehöre*).

Erk. des Obertibunals zu Berlin vom 17. Januar 1867. (Entscheidungen, Bd. 57, S. 360. Hinschius, Zeitschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl., Bd. I, S. 597.)

Das Obertribunal hat in seinen früheren Entscheidungen vom 10. März 1864 (Busch, Archiv, Bd. V, S. 257, Bd. VIII, S. 426) und 15. Juli 1865 (daselbst Bd. VIII, S. 444) angenommen,

daß die Bürgschaft eines Nichtkaufmannes für eine Handelsschuld kein Handelsgeschäft sei.

Im jetzt vorliegenden Falle hatte ein Pferdehändler, also ein Kaufmann, für eine Handelsschuld Bürgschaft geleistet, und es fragte sich, ob dieser anscheinend nicht zum Handelsgewerbe des

*) Vgl. die Abh. von Voigtel (Busch, Archiv, Bd. VIII, S. 420 flg.), und v. Krawel (das. Bd. V, S. 125) und die dort allegirten Citate.

Digitized by Google

Pferdehändlers gehörige Bürgschafts-Vertrag nach Art. 274 H.-G.-B. für ein Handelsgeschäft zu erachten sei.

Das Obertribunal bejahte die Frage aus folgenden Gründen:

„Durch Art. 274, Abs. 1 ist die rechtliche Vermuthung aufgestellt, daß Verträge, welche ein Kaufmann schließt, ein Ausfluß seines Gewerbebetriebes sind. Erkannte daher der Appellations-Richter an, daß Verklagter ein Kaufmann sei, so mußte er bis zur Führung des dem Verklagten, behufs Widerlegung jener gesetzlichen Präsumtion, obliegenden Gegenbeweises den zwischen ihm und dem Kläger geschlossenen Bürgschaftsvertrag als ein Handelsgeschäft gelten lassen, und auf Grund des Art. 317 die mündliche Form für genügend erachten.

Es ist auch nicht anzuerkennen, daß die Worte des Art. 274: „gelten im Zweifel," darauf hinführten, daß, um den Artikel anzuwenden, der zur Beurtheilung vorliegende Fall zu solchen Zweifeln Anlaß geben müsse, welche es zuließen, die gesetzliche Vermuthung eintreten zu lassen. Die Worte „gelten im Zweifel" bezwecken nur, denjenigen Contrahenten, welcher der gesetzlichen Vermuthung entgegen behauptet, daß der von dem Kaufmanne geschlossene Vertrag nicht zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehöre, den Gegenbeweis offen zu lassen, also der Annahme, daß es sich um eine praesumtio juris et de jure handle, vorzubeugen. Hierfür spricht auch der letzte Satz des Artikels:

> Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus denselben das Gegentheil hervorgeht.

Während der Gegenbeweis in Fällen des ersten Satzes aus den obwaltenden, gegen die Qualität eines Handelsgeschäfts sprechenden Umständen hergenommen werden kann, soll er nach diesem letzten Alinea nur durch den Inhalt des Schuldscheins selbst geführt werden dürfen. Der Auslegung der Worte „gelten im Zweifel" steht auch die Geschichte der Entstehung des Art. 274 zur Seite. (Hier folgt diese Entstehungsgeschichte und dann heißt es weiter:)

In diesem Sinne, und mit einander übereinstimmend, interpretiren den Artikel auch die Commentatoren des allgem. d. H.-G.-B.s, indem sie davon ausgehen, daß die darin gestellte Präsumtion durch

Digitized by Google

Gegenbeweis entkräftet werden müsse. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, S. 503; Endemann, das deutsche Handelsrecht, S. 24, Note 36; Makower, das a. d. H.-G.-B., S. 166, Note 19.

Umstände, welche den hier vorliegenden Bürgschaftsvertrag als ein Handelsgewerbe des Verklagten nicht gehörig erscheinen ließen, sind ebensowenig vom ersten als vom Appellationsrichter festgestellt. (Hierauf wird eine Entstehungsgeschichte des Art. 281 H.-G.-B. gegeben und dann heißt es weiter:)

Aus diesem Nachweise der Entstehung des Art. 281 des allg. d. H.-G.-B. ergibt sich, daß (sowenig wie aus dessen Worten darüber, in welchen Fällen eine Bürgschaft für ein Handelsgeschäft zu erachten sei, und inwiefern sie der Schriftform bedürfe, etwas zu entnehmen ist) diese Fragen auch sowohl bei der Motivirung der betreffenden Vorschrift im preußischen Entwurfe, als bei dessen Berathung in den verschiedenen Stadien gänzlich unberührt geblieben sind, es sich vielmehr lediglich darum gehandelt hat, ob dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger der Einwand der Vorausklage und der Theilung zustehe."

Art. 277. (273. 274. 317.)

Der Art. 317 H.-G.-B. gehört zu denjenigen Bestimmungen des IV. Buches des H.-G.-B.s, welche auf **beide Contrahenten** Anwendung finden, wenn das Rechtsgeschäft auch nur auf Seiten des **einen** Contrahenten ein **Handelsgeschäft** ist. Daher ist zur Gültigkeit des von dem **Bevollmächtigten eines Nichtkaufmannes** mit einem Kaufmanne abgeschlossenen Handelsgeschäfts eine **mündliche Vollmacht** des Bevollmächtigten ausreichend.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 13. Novbr. 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 294.)

Die Annahme des Appell.-Richters, daß, weil der Ankauf der Maschinen auf Seiten des Beklagten (eines Nichtkaufmannes) ein Handelsgeschäft nicht sei, der beklagtische Sohn Ludwig zu dem Ankauf einer schriftlichen Vollmacht bedurft habe, ist nicht begründet.

Digitized by Google

Auf Seiten des Klägers, der unbestritten Kaufmann ist, ist das Geschäft ein Handelsgeschäft (Art. 273. 274 H.-G.-B.). Nach Art. 277 H.-G.-B. finden die Bestimmungen des IV. Buches des H.-G.-B.s bei Rechtsgeschäften auf beide Contrahenten Anwendung, wenn das Rechtsgeschäft auf Seiten des einen Contrahenten ein Handelsgeschäft ist. Zu diesen Bestimmungen gehört auch diejenige des Art. 317 loc. cit., nach welchen bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung nicht bedingt ist.

Im vorliegenden Falle ist daher zur Gültigkeit des Kaufs der Maschinen eine mündliche Vollmacht ausreichend, denn die gültige Bevollmächtigung des Sohnes gehört mit zu der gültigen Existenz des von ihm abgeschlossenen Handelsgeschäfts. Es ergibt sich hieraus, daß der Appellationsrichter die Art. 277 u. 317 des a. d. H.-G.-B.s mit Unrecht außer Anwendung gelassen, dieselben also verletzt hat.

Art. 278. 343. 357. 436.

Bedeutung des Ausdruckes „wie besehen" im Schlußschein. Rechte des Käufers, wenn ein Theil der Waare nicht vertragsmäßig beschaffen ist. Bedeutung von Marktpreis.

Erk. des Comm.- u. Admir.-Collegiums zu Königsberg v. 13. Novbr. 1866 und des Tribunals daselbst vom 3. Mai 1867. (Original-Beitrag.)

Die Parteien haben folgenden Schlußschein vollzogen:

Ich (d. i. der Verklagte) kaufe von dem Herrn A. (d. i. der Kläger) eine Ladung von circa 1350 Scheffel Kartoffeln, wie besehen in dem Kahne des Schiffers Durau, zum Preise von $18^1/_2$ Sgr. pro Scheffel.

Die Empfangnahme bewerkstellige ich ohne Verzug und habe den Kahn bis spätestens den ersten Mai d. J. ganz zu entlöschen, widrigenfalls ich dem Verkäufer für jeden daraus entstehenden Schaden aufzukommen habe.

Die Zahlung geschieht bei der Empfangnahme Zug um Zug baar.

Königsberg, d. 27. April 1866.

Digitized by Google

Nachdem der Käufer davon 310 Scheffel gelöscht und bezahlt hatte, weigerte er sich der Abnahme des Restes, weshalb der Kläger in seiner am 3. Mai eingegangenen Klage beantragte, diesen Rest auf Gefahr und Kosten des unterliegenden Theiles meistbietend verkaufen zu lassen. Der nach Anhörung des Verklagten am 7. Mai vorgenommene gerichtliche Verkauf der noch als vorhanden vorgefundenen 950 Scheffel ergab nur einen Erlös von 459 Thlr. 13 Sgr. 4 Pf. und der Kläger forderte daher die Differenz gegen den contractlichen Preis mit 126 Thlr. 11 Sgr. 4 Pf.

Der Verklagte wendete ein, daß der Ausdruck „wie besehen" im Schlußscheine dahin zu verstehen sei, daß die sämmtlichen Kartoffeln dieselbe gute Beschaffenheit haben sollen, wie diejenige Probe davon, welche er, der Verklagte, speciell in Augenschein genommen. Diese letzteren seien gute Eßkartoffeln ohne Beimischung von faulen und erhitzten gewesen. Er stellte unter Beweis, daß dagegen der von ihm nicht abgenommene Rest an vielen Stellen erhitzt, und daß die Kartoffeln in einer solchen Anzahl verfault und stinkend gewesen, daß die Qualität des ganzen Restes dadurch wesentlich verschlechtert sei.

Nachdem die Behauptung des Verklagten, daß die mündliche Verabredung mit dem Kläger in dem Sinne gelautet habe, wie er (Verklagter) den Schlußschein auslegt, durch den dem Kläger darüber zugeschobenen Eid widerlegt war, hat das kgl. Commerz- und Admiralitäts-Collegium dem Kläger die geforderte Differenz ohne weitere Beweisaufnahme zugesprochen, indem es auf Grund des Gutachtens seiner technischen Mitglieder angenommen hat, daß im Handelsverkehr der Ausdruck „wie besehen" die Bedeutung habe, daß die Waare vom Käufer besehen, geprüft und genehmigt sei, so daß ihm nicht das Recht zustehe, Einwendungen gegen die Qualität der gekauften Waare zu erheben.

Der Kläger hatte außerdem in der Klage verlangt, daß ihn der Verklagte von dem Anspruche des Schiffer Durau wegen der Ueberliegegelder befreie, welche dieser fordere, weil die Ladung nicht bis zum 1. Mai, sondern erst am 7. Mai gelöscht sei.

Diesem Anspruche hatte der Verklagte vornehmlich entgegengesetzt, daß der Kläger den Verkauf der Kartoffeln außergerichtlich durch einen Mäkler hätte bewirken lassen sollen; dadurch würde er eine schnellere Entlöschung herbeigeführt haben.

Digitized by Google

Aber auch diesen Einwand hat das genannte Gericht erster Instanz verworfen und zwar deshalb, weil nach dem Gutachten der technischen Mitglieder Kartoffeln in Königsberg keinen Markt- und Börsenpreis hätten.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Verklagte appellirt.

Derselbe ficht zunächst die vom ersten Richter zu Grunde gelegte Auslegung der Worte des Schlußscheines „wie besehen" an. Er führt ferner aus, daß es sehr wohl möglich sei, daß die beim Abschluß des Kaufs noch unverdorbenen Kartoffeln erst später bis zum 1. Mai verdorben seien und daß die Gefahr der Verschlechterung nicht er, sondern der Kläger zu tragen habe. Er deducirt endlich, indem er neuen Beweis dafür antritt, daß Kartoffeln einen Marktpreis haben, aus Art. 357 des H.-G.-B.s, daß der erst am 3. Mai beantragte und erst am 7. Mai vorgenommene Verkauf der Kartoffeln nicht als für seine Rechnung geschehen anzusehen sei.

Das ostpreußische Tribunal hat jedoch mit einer hier nicht interessirenden Modification das erste Erkenntniß aus folgenden Gründen bestätigt:

Der Verklagte stützt seine Weigerung, den Rest der von ihm gekauften Kartoffeln zu empfangen, offenbar auf Art. 346 H.-G.-B., und es läßt sich allerdings aus dieser Gesetzesbestimmung der Satz herleiten, daß der Käufer die Waare nicht zu empfangen braucht, wenn sie nicht vertragsmäßig beschaffen ist. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, der Käufer einen Theil der Waare bereits empfangen hat und nun die Annahme des Restes wegen nicht empfangbarer Beschaffenheit verweigert; so ist zu unterscheiden zwischen einem Genuskaufe und dem Kaufe einer Species. Bei ersterem kann der Käufer die Nachlieferung des Restes in empfangbarer Waare verlangen und bis zu dieser Nachlieferung die Zahlung des Kaufpreises dafür verweigern (Art. 342 des H.-G.-B.s), er kann jedenfalls den bereits wirklich gelieferten Theil der Leistung behalten, ja er kann unter Umständen auf Grund der Art. 355 flg., 359 wegen des nicht gelieferten Theils von dem Vertrage abgehen und den Vertrag wegen des Empfangenen bestehen lassen.

Wenn dagegen eine Species der Gegenstand des Kaufs und ein Theil davon nicht vertragsmäßig beschaffen ist und auch nicht durch Beseitigung des Fehlers vertragsmäßig hergestellt werden kann, so

Digitized by Google

kann von einer Nachlieferung der vertragsmäßigen Sache überall nicht die Rede sein, denn eine solche ist nicht möglich, und ebensowenig liegt darin, daß ein Theil der Sache sich nicht in empfangbarer Beschaffenheit befindet, ein Verzug in der Erfüllung, sobald die wenngleich mangelhafte Sache, welche Gegenstand des Kaufs war, rechtzeitig behufs Erfüllung offerirt wird. Die Rechte des Käufers beschränken sich dann auf die aus der Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften entspringenden Rechte, soweit nicht (was in dem vorliegenden Falle aber nicht vorliegt) ein besonderes Verschulden oder doloses Verfahren des Verkäufers nachgewiesen wird.

Dieser Fall, des Kaufs einer Species, liegt nun hier vor. Denn Gegenstand des Kaufs war eine bestimmmte Ladung Kartoffeln, welche der Schiffer Durau für den Kläger auf seinem Kahne hatte. Es ist zwar im Schlußscheine eine Quantität angegeben, aber, abgesehen von der übrigen Fassung des Schuldscheins, deutet auch das Wort „circa" bei dieser Quantität darauf hin, daß die Quantität nur der Beschreibung wegen hinzugefügt sei, nicht für sich das Object des Kaufs hat bezeichnen sollen.

Der Verklagte hatte daher, wenn der Rest der Kartoffeln nicht empfangbar war, nur die Wahl, entweder von dem Contracte wieder abzugehen oder bei dem Vertrage stehen zu bleiben und vom Kläger soviel an Vergütung zu fordern, als die Kartoffeln wegen der gerügten Fehler weniger werth waren (§ 326. 328, I, 5. a. L.-R.)*). Er hat aber keine von diesen Alternativen, namentlich nicht das Abgehen vom Vertrage gewählt. Denn wollte er dieß, so mußte er dem Kläger die wirklich empfangenen 310 Scheffel zurückgeben (§ 327 tit. cit.). Dazu hat er sich nicht erboten und auch nicht einmal behauptet, daß er dazu im Stande sei. Das Recht, welches Verklagter ausüben will, nämlich den Contract zum Theil bestehen

*) § 326. Kann der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren, so kann der Uebernehmer von dem Contracte wieder abgehen.

§ 327. Er muß aber alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben.

§ 328. Kann oder will er dieses nicht, so hat es bei dem Contracte sein Bewenden und der Empfänger kann von dem Geber nur so viel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist.

Digitized by Google

zu lassen, zum Theil aufzuheben, steht ihm aber, da es sich hier um den Verkauf einer Species handelt, nicht zu.

Der Anspruch des Klägers auf Kaufgeld aus dem nicht aufgehobenen Kaufvertrage ist daher begründet. Der § 271, I, 5 allg. L.-R. *) schließt diesen Anspruch nicht aus, da feststeht, daß der Kläger die gekaufte Ladung Kartoffeln dem Verklagten zur Disposition gestellt hat, also seinerseits zur Erfüllung bereit gewesen ist.

Es kommt hiernach auf die Frage: ob der Kläger dafür einzustehen hatte, daß die Kartoffeln nicht erhitzt und verfault waren? eigentlich überhaupt nicht an; es ist aber auch diese Frage nach Lage der Sache zu verneinen.

Die technischen Mitglieder des Commerzcollegii haben sich nach Inhalt des angegriffenen Erkenntnisses dahin ausgesprochen, daß der Ausdruck „wie besehen" im Handelsverkehr die Bedeutung habe, daß die Waare vom Käufer besehen, geprüft und genehmigt sei, so daß dem Käufer bei einem solchen Schlußscheine nicht das Recht zustehe, Einwendungen gegen die Qualität der gekauften Waare zu erheben.

Der letzte Theil dieses Gutachtens hat allerdings die Form eines rechtlichen Urtheils, es hat aber damit offenbar nichts weiter gesagt werden sollen, als daß der gedachte Ausdruck einen Verzicht des Käufers auf jede Gewährleistung wegen Mängel ausspreche.

Wenn nun Verklagter, welcher sich selbst auf die technischen Mitglieder zum Beweise seiner Auslegung bezogen hatte, dieß Gutachten in zweiter Instanz nicht gelten lassen will, sondern sich auf zwei sprachkundige Professoren beruft, so widerspricht dieß dem Artikel 278. 279 des H.-G.-B.s, da es lediglich auf Ermittelung gerade des kaufmännischen Sprachgebrauchs ankommt und hierbei Kaufleute die zuverlässigsten Sachverständigen sind.

Ebensowenig zutreffend ist es, wenn Verklagter es als möglich hinstellt, daß die gerügten Fehler erst zwischen Kauf und Uebergabe entstanden seien, und wenn er hieraus folgert, daß er diese Verschlechterung nicht zu tragen habe. Denn die verkaufte Ladung Kartoffeln bildete, so gut wie z. B. eine Heerde, einen Inbegriff von

*) § 271. Wer die Erfüllung eines Vertrags fordert, muß nachweisen, daß er demselben von seiner Seite ein Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei.

Digitized by Google

Sachen im Sinne des § 32, I, 2 a. L.-R.*) und bei einem solchen geht die Gefahr der Verschlechterung schon mit dem Abschluß des Kaufs auf den Käufer über (§ 121. 122. 117, I, 11 a. L.-R.).

Wenn nach allen diesem der Kläger befugt war, das Kaufgeld vom Verklagten für die ganze Ladung Kartoffeln zu verlangen, worauf der Principalantrag der Klage ging; so bleibt freilich selbstständig zu prüfen: ob der vorgenommene Verkauf als für Rechnung des Verklagten geschehen anzusehen ist? Denn nur bei Bejahung dieser Frage ist dem Kläger, seinem Antrage in der Replik entsprechend, mit Recht die Differenz des Erlöses und des contractlichen Preises zugesprochen.

Der Verklagte bestreitet dieß, weil der Kläger, obwohl die Waare zu einer festbestimmten Zeit und binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden sollte, und obwohl (wie Verklagter gegen die entgegengesetzte Annahme des angegriffenen Erkenntnisses unter Beweis stellt) Kartoffeln einen Marktpreis haben, der Kläger dennoch nicht sofort nach Ablauf des Stichtages (des ersten Mai) verkauft, sondern den Verkauf erst am 3. Mai beantragt, am 7. Mai bewirkt habe.

Dieß Letztere ist richtig und würde, wenn sonst die vom Verklagten angegebenen Bedingungen vorlägen, allerdings der geschehene Verkauf wegen Verspätung nach Art. 357 nicht als für Rechnung des Verklagten geschehen angesehen werden können. Allein die Annahme der sachverständigen Mitglieder des Commerzcollegii, daß Kartoffeln am hiesigen Platze keinen Markt- und Börsenpreis haben, wird nicht durch den Umstand widerlegt, daß das hiesige Polizeipräsidium Marktpreise für Kartoffeln notirt, und daß solche Preisnotirungen im Amtsblatt, im Kreisblatt und in Zeitungen vorgefunden werden. Denn es kann sehr wohl ein Marktpreis für Detailverkäufe über eine Waare existiren, und doch ein Markt- und Börsenpreis für das Engrosgeschäft fehlen. Es leuchtet aber ein, daß es unzulässig ist, bei Regulirung eines Engrosgeschäftes (und ein solches

*) § 32: Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus und werden zusammengenommen als ein einzelnes Ganze betrachtet. (Es kann bezweifelt werden, ob die Annahme, daß eine Ladung Kartoffeln ein Inbegriff ist, richtig ist, da das Criterium der gemeinsamen Zweckbestimmung dabei nicht hervortritt.) Anmerkung des Einsenders.

Digitized by Google

ist offenbar das vorliegende) den Detailmarktpreis zu Grunde zu legen. Die technischen Mitglieder des Commerzcollegii haben daher offenbar nicht das Vorhandensein eines Marktpreises der letzteren Art verneinen wollen, sondern nur das Vorhandensein eines dem vorliegenden Engrosgeschäfte entsprechenden Markt- und Börsenpreises. Dieser Auffassung folgt aber auch das vom Verklagten im Audienztermine eingereichte Schreiben der hiesigen Kaufmannschaft; denn nach diesem Schreiben werden Kartoffeln gewöhnlich an der hiesigen Börse nicht gehandelt und haben daher hier keinen Börsen-, sondern nur einen Marktpreis. Von dem letzteren sagt aber das Schreiben ausdrücklich, daß er sich nach denjenigen Preisen regulire, welche auf den verschiedenen Marktplätzen der Stadt, besonders im kleinen Verkehre mit den Producenten bezahlt werde.

Allein es bedarf nicht einmal des Art. 357, um den Verkauf zu rechtfertigen; der Kläger war dazu schon nach Art. 343 berechtigt, da der Verklagte nicht allein mit der Zahlung des Kaufpreises, sondern auch mit der Empfangnahme der Waare in Verzug war. Der Kläger selbst sucht zwar auszuführen, daß die Uebergabe der ganzen Ladung vollendet gewesen sei, sobald der Verklagte thatsächlich den Besitz derselben dadurch ergriff, daß er Hunderte von Scheffeln löschte und wegfuhr, da nichts ihn hinderte, nach seinem Ermessen die ganze Ladung wegzunehmen; allein dieß ist nicht richtig. Denn die Besitznahme einzelner Stücke eines Inbegriffs enthält nach § 53, I, 7 a. L.-R. nur dann die Besitznahme des ganzen Inbegriffs, wenn dabei die Absicht manifestirt wird, den ganzen Inbegriff in Besitz zu nehmen. Diese Absicht geht aber aus der Entlöschung von 310 Scheffeln nicht hervor, Verklagter leugnet selbst die Besitznahme des Ganzen, auch ist ihm, wie feststeht, das Connossement nicht übergeben*). Es ist daher anzunehmen, daß Verklagter nur die 310 Scheffel übergeben erhalten und empfangen hat, und daß er also mit Ablauf des ersten Mai's mit der Empfangnahme des Restes im Verzuge war. Die Androhung, welche Art. 343 verlangt, ist dadurch ersetzt, daß dem Verklagten der Antrag des Klägers auf Verkauf am 3. Mai behändigt, er hierüber laut gerichtlicher Verhandlung gehört

*) Diese Feststellung war auch schon für die zuerst erörterte Anwendung des Art. 357 erheblich, da auch dieser voraussetzt, daß die Waare noch nicht übergeben sei (Art. 354).

Digitized by Google

ist, daß er selbst in dieser Verhandlung ausdrücklich zugestanden hat, daß die Kartoffeln bei längerem Liegen in dem Fahrzeuge der Gefahr des Verderbens ausgesetzt seien, und daß nun erst (am 7. Mai) der Verkauf vor sich gegangen ist. Ob die Kartoffeln einen Marktpreis haben? ist bei Anwendung des Art. 343 gleichgültig, da es nur ein Recht, keine Pflicht des Verkäufers ist, die Waare nicht öffentlich durch einen Mäkler zu verkaufen. Ebenso ist es nur ein Recht, keine Pflicht des Verkäufers, die Waare bei einem Dritten lagern zu lassen. †

Art. 282.

Färben von Seide. Versehen des Bestellers. Stricte Ausführung des Auftrags oder Anfrage beim Besteller?

Erk. des Stadtgerichts zu Berlin vom 23. Sept. 1867. (Original-Beitrag.)

Der Kaufmann J. übersandte dem Färbereibesitzer Sp., welcher bereits früher für ihn Seide gefärbt, laut Bestellzettel vom 28. Februar 1867 70 Pfund Seide Nr. 50. 3 Draht Schapp Cordonett, um dieselbe „ganz schwer schwarz, wie die am 16. Februar gelieferte" zu färben. Sp. lieferte die Seide, worunter sich auch 10 Pfund von einer feineren Sorte Schapp Casir Nr. 60 befanden, gleichmäßig in einer Schwere von 64,9 Loth per Pfund gefärbt zurück. J. behauptete nun, daß jene aus Versehen unter die als Schapp Cordonett Nr. 30. 3 Draht bezeichnete Seide gekommenen 10 Pfd. Schapp Casir durch die zu schwere Belastung total unbrauchbar geworden seien, und stellte dieselben Sp. zur Verfügung. Sp. klagte jedoch auf Zahlung des vollen Färbelohnes für 70 Pfund mit 122 Thlr. 15 Sgr., indem er auf die älteren Bestellzettel Bezug nahm, wonach die am 16. Februar 1867 zurückgelieferte Seide so schwer als möglich, mindestens 60- bis 70-löthig gefärbt werden sollte.

Verklagter J. beharrte bei seiner Zahlungsweigerung. Nach seiner Ansicht durfte Kläger die feinere Seide nicht ohne besondere Anfrage färben, da er als Färbermeister wissen müsse, daß dieselbe eine Belastung zu 100 Procent wie die am 16. Februar gelieferte Seide, oder gar $111\frac{1}{2}$ Procent nicht ertrage. Derselbe müsse demnach den Werth der durch die übermäßige Beschwerung werthlos

Digitized by Google

gewordenen Seide als Rohmaterial mit 56 Thlrn. ersetzen. Den Rest mit 49 Thlrn. hatte er dem Kläger bereits zwischen Klaganstellung und -Behändigung bezahlt und bat nun um Abweisung des Klägers, welcher bemerkte, daß bei einer Beschwerung von 60—70 Loth das Resultat des Färbens nicht genau bis auf 1 Loth zu bestimmen sei, und den Klageantrag um jene 49 Thlr. ermäßigte.

Nach diesem ermäßigten Antrage wurde Verklagter durch Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 23. Septbr. 1867 verurtheilt. Es wurde angenommen: Es sei ein dolus des Verklagten, wenn dieser dem Kläger die Befolgung seiner Bestellung vorwerfe. Habe Verklagter die gelieferte Schwere und nicht die bestellte Schwere der älteren Sendung bei seinem neuen Auftrage gemeint, so sei es seine Sache gewesen, sich deutlicher auszudrücken. Eine Berücksichtigung der verschiedenen Qualität der Seide habe er, seiner Vorschrift, die Seide gleichmäßig zu färben, gegenüber, nicht erwarten dürfen. Kläger habe einfach den Auftrag auszuführen gehabt, und die Verantwortlichkeit für zu weit gehende Beschwerung, sei es was die dadurch etwa eintretende Qualitätsverschlechterung, sei es was die anscheinende Täuschung des Publicums anlange, dem Besteller überlassen dürfen. Mindestens werde sein etwaiges Versehen dergestalt durch das concurrirende des mit Seide handelnden Bestellers überwogen, daß dasselbe auf die contractliche Verbindlichkeit des letzteren nicht von Einfluß sein könne. Die Klage auf Zahlung des vollen Färbelohns sei daher begründet. Kch.

Art. 284. (220. 398.)

Kann der Anspruch auf **Conventionalstrafe** durch den Beweis des gänzlichen **Mangels eines Interesse** an der vertragsmäßigen Erfüllung ausgeschlossen werden?

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 25. October 1866. (Gruchot, Beiträge, Jahrg. XI, 1867, S. 275; Striethorst, Archiv f. Rechtsfälle, Bd. 65, S. 93.)

Der Appellationsrichter geht von der Ansicht aus*), daß die

*) Verklagte hatte eingewendet, daß der für eine Wasserhaltungs-Maschine in der Klage geforderte Restbetrag des Preises durch die mit 50 Thlr. für jede Woche nach dem Termine der Aufstellung der Maschine verwirkte Conventionalstrafe absorbirt sei.

Digitized by Google

Conventionalstrafe nur den Zweck habe, denjenigen, zu dessen Gunsten sie verabredet worden, zur Vergütung für den Nachtheil, den er aus der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrags erleide, zu dienen. Es scheint, daß die Stellung, welche die von der Conventionalstrafe handelnden §§ des Thl. I, Tit. 5 a. L.-R.s hinter den von dem Interesse bei Verträgen sprechenden §§ 285—291, I, 5 einnehmen, und der Inhalt des § 292, I, 5**) zu dieser Auffassung Veranlassung gegeben hat. Es ist indessen nicht richtig, daß die Conventionalstrafe nur dazu bestimmt sei, für den entsprechenden Nachtheil Ersatz zu leisten. Dieß ergibt die Bestimmung des § 308 loc. cit., nach welcher verabredet werden darf, daß die Strafe einem Dritten zufallen soll. Ihre Function ist namentlich in den Fällen, wo sie neben der Leistung selbst und auf die Verzögerung der Leistung gesetzt ist, durchgängig auf eine Bestärkung, eine Sicherung der vertraglichen Obliegenheiten gerichtet, wie dieses der Appellationsrichter selbst anführt. Wenn nun aber auch dieses der Zweck sein kann, der durch die Verabredung einer Conventionolstrafe erreicht werden soll, so ergibt sich daraus, daß der dieselbe betreffende Vertrag an seiner Gültigkeit nichts verliert, wenn auch ein Vermögens-Interesse nicht sogleich augenscheinlich hervortritt. Denn hierbei kommt in Betracht, daß es auch Interessen mancherlei Art gibt, die sich auf einen Geldwerth nach Zahlen nicht zurückführen lassen. Wie oben bemerkt, ist der Vertrag, der auf den Fall nicht gehöriger Erfüllung einen Vermögensnachtheil (Strafe) gegen den Nichterfüllenden sich ausbedingt, gesetzlich völlig gültig. Daraus folgt, daß der Contrahent, dem die Strafe zufallen soll, bei eingetretener Bedingung sie als ein ihm vertragsmäßig zustehendes Recht einklagen darf. Er hat dann weiter nichts zu beweisen, als daß die Bedingung, von welcher sein Recht abhängig ist, eingetreten ist. Verklagte kann, wenn das Interesse nach Geldwerth sich beweisen läßt, die Beschränkung, Ermäßigung der Strafe auf den doppelten Betrag des festgestellten Interesses fordern. Kann er aber einen solchen Beweis nicht führen, kann er das Interesse

*) A. L.-R., Thl. I, Tit. 5, § 292 lautet: Das Interesse, welches ein Contrahent dem Anderen, bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages, zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden.

Digitized by Google

selbst nicht darlegen, und mithin auch nicht den Betrag desselben, so bleibt es bei dem Vertrage. Denn der Berechtigte, der sich auf sein vertragsmäßiges Recht beruft, und damit von selbst ein rechtliches Interesse dabei hat, daß der gültig abgeschlossene Vertrag erfüllt werde, hat einen weiteren Beweis, und namentlich nicht den, daß ihm irgend ein Vermögensnachtheil dadurch, daß der die Strafe Versprechende nicht erfüllt habe, entstanden sei, nicht zu liefern. Die Grundsätze hat das Obertribunal in dem Plenarbeschluß v. 16. Jan. 1846 (Entscheidgn., Bd. 12, S. 3 flg., Präjudiz, Nr. 1676) anerkannt. Darnach kann also die Beklagte gerade, weil ein Nachweis ihres Interesses nicht erbracht ist, und mithin die Unterlage zu der im § 301 a. L.-R., I, 5*) gestatteten Ermäßigung der Strafe fehlt, die vertragsmäßig verabredete Strafe fordern. Dieß ist auch im § 302 loc. cit. ausgesprochen. Der Appellationsrichter hat also, indem er dem zwischen den Parteien in Betreff der Conventionalstrafe abgeschlossenen Vertrag seine rechtliche Wirksamkeit abspricht, die §§ 300 und 302 loc. cit. verletzt."

Hierzu Kritik dieses Erkenntnisses vom App.-Ger.-Rath Hoffmann in Gruchot's Beiträgen, Jahrg. XI, S. 278 flg.

Art. 284. (220. 398.)

Ist auf die nicht rechtzeitige Erfüllung eines Vertrages eine **Conventionalstrafe** gesetzt, so hat derjenige, welcher trotz der **Annahme** der verspäteten Leistung die Conventionalstrafe beansprucht, den **Beweis** des bei der Annahme gemachten **Vorbehaltes** zu führen.

Ist das Interesse, welches bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung zu vergüten ist, durch Verabredung einer Strafe in Voraus bestimmt, so kann, wenn diese Conventionalstrafe nicht gefordert werden

*) A. L.-R., Thl. I, Tit. 5, § 301: Wird jedoch dadurch (durch die Bestimmung der Conventionalstrafe) der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesses überstiegen, so muß der Richter die Strafe bis auf diesen doppelten Betrag ermäßigen. — § 302. Ist das Interresse gar keiner Schätzung fähig, so hat es bei dem verabredeten Betrage der Strafe lediglich sein Bewenden.

Digitized by Google

kann, überhaupt das Interesse wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung nicht mehr beansprucht werden*).

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 8. Februar 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 74.)

Der Verklagte hat die von der Klägerin zu liefernde Maschine, die nicht zur verabredeten Lieferungszeit, sondern später abgeliefert ist, übernommen. Da nach § 307 a. L.-R., I, 5**) die im Vertrage beredete Conventionalstrafe von dem Verklagten nicht mehr gefordert werden kann, wenn er ohne Vorbehalt die Maschine übernommen hat, so ist die Frage, ob von dem Verklagten nach Ablauf des Lieferungstermins bis zur völligen Ablieferung der Maschine wegen der Conventionalstrafe ein Vorbehalt gemacht ist, von Erheblichkeit. Für den Verklagten hängt die Erhaltung des Anspruchs auf die Strafe von dieser Erklärung ab. Die Behauptung, daß eine solche Erklärung erfolgt sei, ist daher, da Klägerin sie leugnet, vom Verklagten zu beweisen (§ 16 Einl. z. a. Ger.-O.). —

Wenn der Anspruch auf die Conventionalstrafe wegfällt, so ist damit jeder Anspruch auf einen Ersatz des Interesse wegen verzögerter Erfüllung des Lieferungs-Vertrages beseitigt. Denn nach den Bestimmungen des a. L.-R.s, § 292 flg.; a. L.-R., I, 5 enthält die Verabredung der Conventionalstrafe einen gewillkürten Anschlag des Interesses. Es beruht also auf Verabredung, daß das Interesse in dieser Gestalt gewährt werden soll; und daraus folgt, daß, wenn dasselbe in der Gestalt der Conventionalstrafe nicht gefordert werden darf, es überhaupt nicht zu beanspruchen ist. Nach dem § 293 loc. cit. ***) findet sogar die Forderung des den in der Strafe enthaltenen Anschlag übersteigenden Betrages des Interesses nicht statt,

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. IX, S. 149; Bd. X, S. 339 und die dort allegirten Stellen; sowie Gruchot, Beiträge, Jahrg. II, S. 138. 144. 155.

**) § 307 a. L.-R., Thl., I, Tit. 5: Hat der Andere die nachherige Erfüllung ganz oder zum Theil ohne Vorbehalt angenommen, so kann er auf die Conventionalstrafe nicht ferner antragen. — Ebenso im gemeinen Recht. Vergl. Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., § 88, Bd. II, S. 118.

***) § 293 a. L.-R., Thl. I, Tit. 5: Wo dergleichen Strafen festgesetzt werden, da findet die Forderung eines höheren Interesse nicht statt. — Anders im gemeinen Recht. Vgl. Sintenis, § 88, Bd. II, S. 116—118.

Digitized by Google

und umsoweniger kann es gestattet sein, das Interesse bis zur Höhe der Strafe in anderer Weise, als in dieser, zu beanspruchen.

Art. 291. (130.)

Das **Contocurrent-Verhältniß** zwischen Kaufleuten bildet ein untheilbares Ganzes. Wenn ein socius also aus einer Handels-Gesellschaft ausscheidet, und im Augenblick des Ausscheidens die Gesellschaft Schuldner eines Banquiers war; so **haftet der ausgeschiedene socius**, wenn das Verhältniß zwischen Gläubiger und Gesellschaft fortgesetzt wird, und mit einem niedrigeren Saldo zu Lasten der Gesellschaft endigt, für diesen letzteren solidarisch. Es darf die nach seinem Ausscheiden von der Gesellschaft gemachten Zahlungen nicht nach den Regeln einer **civilrechtlichen Imputation** zunächst auf den früheren Saldo in Anrechnung bringen. Diese Zahlungen sind vielmehr nur als Factoren des im schließlichen Saldo sich darstellenden **Gesammt-Ergebnisses** des ganzen Conto's aufzufassen.*)

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 16. Mai 1866. (Arch. f. Civ.- und Crim.-Recht d. Rheinprovinz, Bd. 60, Abth. 1, S. 302.)

Gründe sind nicht mitgetheilt.

Art. 300.

Regreßpflicht des Ausstellers und des Indossanten einer Anweisung.**)

Erk. des Kammergerichts zu Berlin vom 8. Juli 1867. (Original-Beitrag.)

Der Kläger, Verlagsbuchhändler L. Mklbrg. ist Inhaber mehrerer vom Verklagten, Verlagsbuchhändler Alex Ins., an die Ordre von Gebr. Grt. auf Carl Enblch. ausgestellten 2 Monate nach dato

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. IX, S. 161. 162 und die dort allegirten Stellen, sowie die Abhandlung von Voigtel, Bd. III, S. 203 flg.

**) Zu vergleichen das k. sächsische Gesetz, die kaufmännischen Anweisungen betreffend, v. 7. Juni 1849; R. Koch, Ueber Verpflichtungsgrund und Valutenbekenntniß nach Handelsrecht, in Goldschmidt u. Laband's Zeitschr., Bd. 10, S. 428 flg.

Digitized by Google

fällig gewesenen, von Gebr. Grt. in blanco girirten Anweisungen. Da der Assignat Carl Enblch. diese Anweisungen trotz geschehener Präsentation vor Verfall nicht angenommen hat, Verkl. aber die Zahlung weigerte, so verlangte Kläger die Verurtheilung des Verkl. zur Zahlung der in den Anweisungen verschriebenen Beträge.

In erster Instanz verurtheilt, ergriff Verkl. die Appellation. Das Kammergericht zu Berlin hat darauf das Erkenntniß erster Instanz abgeändert und den Kläger abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Fundament der Klage, welche auf die Unterschrift des Verklagten als Aussteller auf den mit der Klage überreichten, den Erfordernissen des Artikels 301 des H.-G.-B.'s entsprechenden sieben Anweisungen gestützt ist, bildet ausschließlich das vermeintliche Regreßrecht des Assignatars resp. Indossatars gegen den Aussteller modo Indossanten auf Grund seiner Unterschrift bei nicht erfolgter Annahme der Assignation durch den Assignaten oder bei nicht geleisteter Zahlung seitens des Letzteren, also der formelle Verpflichtungsgrund, der in der Namensunterschrift als Aussteller resp. Indossant gefunden wird. Der erste Richter hat diesen Verpflichtungsgrund als vorhanden angenommen, indem er gestützt auf Art. 305 des H.-G.-B.'s für die Wirkung der Ausstellung resp. der Indossirung einer kaufmännischen Anweisung die wechselrechtlichen Vorschriften für maßgebend hält und soweit eine Regreßpflicht des Ausstellers, wie bei Wechseln, durch die bloße Unterschrift für begründet erachtet. Die Streitfrage unter den Parteien ist die, ob nach Lage der jetzigen Gesetzgebung eine derartige Auffassung gerechtfertigt ist, und ob der Assignatar resp. Indossatar einer kaufmännischen Anweisung befugt ist, seinen Regreßanspruch gegen den Aussteller oder Indossanten lediglich auf den Formalismus der Namensunterschrift zu gründen, oder ob er nicht vielmehr die Verpflichtung hat, seinen Regreßanspruch gegen den Assignanten oder Indossanten aus dem materiellen, zwischen beiden Theilen bestehenden Rechtsverhältnisse, behufs dessen Erledigung die Anweisung als Zahlungsmittel dienen sollte, dessen Realisirung in der Folge nicht stattgefunden hat, herzuleiten und rechtlich zu fundiren. Nur die zweite Alternative kann für die richtige erachtet werden.

Digitized by Google

Nach Artikel 1 des H.-G.-B.'s kommen bei Handelssachen principaliter die Vorschriften des H.-G.-B.'s, eventuell die Handelsbräuche, eventualissime das allgem. bürgerl. Recht in Anwendung.

Auf eine den Streitpunkt erledigende Usance hat sich keine der Parteien berufen. Es kommen also nur das Handelsgesetzbuch und das Civilrecht in Betracht, und folgt aus obiger Vorschrift, daß das gemeine bürgerliche Recht entscheidet, wenn dasselbe durch das Handelsgesetzbuch nicht etwa abgeändert ist.

Nachdem durch § 9 des Einführungsgesetzes zur allgemeinen deutschen Wechselordnung vom 15. Februar 1850 die Bestimmungen des Landrechts über Handelsbillets und kaufmännische Assignationen in den §§ 1250 bis 1304, II, 8, und §§ 297, I, 16 allg. L.-Rs. aufgehoben waren, bildeten bis zur Einführung des H.-G.-B.'s hinsichtlich der Frage des Regreßrechts des Assignatars gegen den Assignanten bei nicht erfolgter Honorirung der Assignation durch den Assignatus die §§ 251 bis 296, §§ 298 und 299, I, 16 des allg. L.-Rs. die alleinige Norm. Diese Vorschriften ergeben aber ganz evident, daß die Assignation nichts weiter ist, als ein Zahlungsmittel für eine bestehende Schuld durch Ertheilung eines Doppelmandats an Gläubiger und Schuldner des Anweisenden dergestalt, daß der Assignatar von dem Assignaten Befriedigung wegen seiner Forderung gegen den Assignanten annehmen und der Assignat diese Befriedigung an Stelle des Assignanten dem Assignatar leisten solle. In dem materiellen Schuldverhältnisse zwischen Assignanten und Assignatar wird durch die Assignation nichts geändert, dasselbe bleibt nach wie vor bestehen. Gelangt also der Assignatar durch die Anweisung nicht zu seiner Befriedigung, und ist er nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen berechtigt, in Folge nicht geschehener Realisirung der Anweisung auf seinen ursprünglichen Schuldner, den Assignanten, zurückzugehen, so bildet das Fundament dieses Rückgriffs das ursprüngliche Schuldverhältniß, und auf dieses muß die Regreßklage fundirt werden. (§§ 282. 283. 287. 299, I, 16 des allg. L.-Rs.) Nach den landrechtlichen Vorschriften hat daher die bloße Ausstellung der Assignation durch den Anweisenden für diesen eine Regreßpflicht gegen den Assignatar nicht begründet, es hat also danach ein formeller Verpflichtungsgrund aus der Unterschrift als Aussteller nicht bestanden.

Digitized by Google

Dieser Rechtszustand kann nur dann für abgeändert betrachtet werden, wenn das neue H.-G.-B. eine solche Abänderung ausdrücklich ausspricht oder wenigstens auszusprechen beabsichtigt hat. Beides ist nicht der Fall.

Die Artikel 300 bis 305 des H.-G.-B.'s handeln von der Acceptation kaufmännischer Anweisungen und deren Indossirungsfähigkeit, wenn sie an Ordre lauten. Ueber die Verpflichtung des Ausstellers der Assignation dem Assignatar resp. einem Nachmanne des letzteren gegenüber enthalten sie nichts Specielles. Nur über die Wirkung eines solchen Indossaments enthalten die Artikel 303 und 305 am angeführten Orte eine nähere Vorschrift. Wenn nun hier im Artikel 305 bestimmt wird:

> Daß für Papiere, welche an Ordre lauten, und welche durch Indossament übertragen werden können, in Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers und der Prüfung dieser Legitimation, sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe dieselben Bestimmungen, welche die Artikel 11 bis 13, 36 und 74 der allg. d. Wechselordnung in Betreff der Wechsel enthalten, gelten sollen,

so ist dadurch die Anwendung der wechselrechtlichen Vorschriften auf kaufmännische Anweisungen auf ein ganz bestimmtes Gebiet beschränkt worden, und kann nach dem Wortlaute des citirten Artikels über diese Grenze hinaus nicht ausgedehnt werden. Es finden also nur Anwendung die Vorschriften des Wechselrechts über die äußere Form des Indossaments (Art. 11—13), über die Legitimation des Inhabers durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten (Art. 36) und über die Pflicht eines solchen legitimirten letzten Inhabers zur Herausgabe der Assignation im Falle der mala fides oder einer culpa lata beim Erwerb.

Den Art. 305 des H.-G.-B.'s weiter zu interpretiren, und denselben dahin aufzufassen, daß er auch materiell die Vorschriften des Wechselrechts auf das Giro kaufmännischer Assignationen für anwendbar erkläre, widerspricht dem Wortlaute und der Natur des Wechsels, der ein Formalcontract ist, und dessen besondere, von dem Civilrechte abweichende Eigenthümlichkeiten in der besonderen Beschaffenheit und Singularität des Instituts ihren Grund haben.

Digitized by Google

Der Art. 305 gibt also für die materielle Wirkung des Indossaments keine Bestimmungen, geschweige denn für die materielle Wirkung der Namensunterschrift des Ausstellers der Assignation, die von dem Indossamente noch etwas wesentlich Verschiedenes ist. Hätten auch in dieser Beziehung die wechselrechtlichen Vorschriften für maßgebend erklärt werden sollen, so hätte es der speciellen Verweisung auf Art. 14 und Art. 8 der Wechselordnung bedurft. Es rechtfertigt somit der Art. 305 l. c. die Annahme eines Regreßrechts des Assignatars gegen den Aussteller resp. des Indossators gegen den Indossanten, rein in Folge der Unterschrift, also rein formell, keineswegs. Ebensowenig folgt für die klägerische Annahme und für die damit übereinstimmende Auffassung des ersten Richters aus Art. 303 des Handelsgesetzbuches. Derselbe schreibt nur vor:

> „Durch das Indossament der in den beiden vorhergehenden Artikeln bezeichneten Urkunden gehen alle Rechte aus dem indossirten Papiere auf den Indossatar über."

In diesen beiden Artikeln ist aber nur die Rede von der Pflicht des Assignaten zur Erfüllung auf Grund seiner Acceptation modo von dem Rechte des Assignatars, die Erfüllung von dem Assignaten zu fordern. Von einem gleichen Rechte des Assignatars gegen den Assignanten resp. den ursprünglichen Aussteller der Anweisung sagen die Art. 300 bis 302 l. c. nicht ein Wort, es kann also eine solche Befugniß unter den im Art. 303 gemeinten Rechten unmöglich verstanden werden. Nur im Wege künstlicher Interpretation wäre dieß denkbar auf Grund zweier verschiedener Erwägungen; einmal nämlich deshalb, weil im Abs. 1 des Art. 301 Anweisungen und Verpflichtungsscheine einander absolut gleichgestellt werden, und weil durch den Verpflichtungsschein eine Haftung des Ausstellers zweifelfrei begründet wird, so daß in Folge jener Gleichstellung hinsichtlich der Assignation für den Aussteller dasselbe gelten müßte; ferner deshalb, weil Abs. 2 des Art. 301 allgemein von der Gültigkeit der Urkunde spricht, und diese Gültigkeit sich verstehen läßt, nicht blos resp. des Acceptanten und Indossanten, sondern auch resp. des Ausstellers. Allein einer solchen Auffassung steht zunächst entgegen, daß die kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine einander gleichgestellt sind nur in Betreff ihrer Indossirungsfähigkeit. Dieß ergibt die Fassung des Art. 301,

Digitized by Google

Abs. 1 ganz unwiderleglich; und ferner, daß die Absicht des ganzen Art. 301 nur dahin geht, Vorschriften über die Indossirung zu geben, und festzusetzen, daß im Falle der Begebung des Papiers für die Frage wegen dessen rechtlicher Gültigkeit die Angabe der causa debendi unerheblich ist. Deshalb widerspricht es der Absicht des Art. 301, in dessen zweitem Absatz eine Verpflichtung des Ausstellers als stillschweigend ausgesprochen anzunehmen, zumal der logische Gedankengang der Art. 300—305 einer solchen Auslegung entgegensteht. Aus ihm wird nämlich vollkommen klar, daß das Gesetz über die Verbindlichkeit des Assignanten aus der Anweisung Vorschriften überhaupt nicht gegeben hat. Denn das Gesetz beginnt im Art. 300 von der Verpflichtung des Assignaten aus der Acceptation, erklärt demnächst in Art. 301 die kaufmännischen Anweisungen für indossirungsfähig, gibt hierauf im Art. 303 Vorschriften über die materielle Wirkung des Indossaments und schließlich im Art. 305 Bestimmungen hinsichtlich des Giros in formeller Hinsicht. Es ist also augenscheinlich, daß bei den Art. 300 bis 305 l. c. ins Auge gefaßt worden ist nur die Verpflichtung des Assignaten und die Berechtigung des Indossatars dem Assignaten gegenüber; dagegen nicht die Frage wegen der rechtlichen Verpflichtung des Assignanten aus seiner Unterschrift.

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß das H.-G.-B. bezüglich der Regreßpflicht des Ausstellers einer Assignation eine Ausnahme von den Vorschriften des Civilrechts *ausdrücklich und mit klaren Worten nicht gemacht hat*. Kläger hat dieß auch selbst nicht zu behaupten gewagt. Er gelangt zu seiner Auffassung nur im Wege der Deduction und auf Grund der vermeintlichen gesetzgeberischen Absicht, die Makower und Meyer bestätigen sollen, und die angeblich dahin gegangen ist, den Aussteller der Assignation dem ersten Inhaber derselben gegenüber zur Zahlung der verschriebenen Summe unbedingt zu verpflichten.

Dieser Annahme des Klägers steht aber die *Entstehungsgeschichte* direct entgegen, und deshalb ist auf die Ansicht seiner genannten Autoren nichts zu geben. Das Protocoll der 62. Sitzung (Prot., S. 558 bis 562) ergibt nämlich Folgendes:

> Bei der Berathung wurde die Frage angeregt, ob man dem Indossamente eine Wirkung in Betreff des Regreßrechts

Digitized by Google

einräumen könne, welche verschieden sei von der Regreßpflicht des Cedenten gegenüber dem Cessionar.

Indem die Meinung ausgesprochen wurde, daß man rücksichtlich der Regreßpflicht von den über die Cession geltenden Normen abzuweichen keine Veranlassung habe, wurde zur Motivirung dieser Ansicht ausgesprochen, daß das Indossament, um welches es sich hier handle, wesentlich verschieden sei von dem Wechselindossamente. Ersteres komme mit beschränkten Wirkungen und namentlich mit der Modification, daß es, wenn überhaupt einen Regreß, jedenfalls keine von der Reihenfolge der Indossamente abweichende (springende) Regreßpflicht mit sich bringe, bei den Conossementen, Lebensversicherungspolicen, Bodmereibriefen ꝛc. schon seit längerer Zeit an vielen Orten vor. Wenn man also das Indossament auch bei den Anweisungen und Verpflichtungsscheinen zulasse, so folge hieraus umsoweniger für das Bestehen einer besonderen Regreßpflicht oder für die Nothwendigkeit ihrer Einführung etwas, als selbst im Wechselrecht die einschlägigen strengen Bestimmungen nicht durch das Indossament, sondern, wie historisch nachweisbar sei, nur durch den Wechsel bedingt wäre. Es sei aber auch kein Grund gegeben, hier eine wechselmäßige Regreßpflicht einzuführen, denn wer eine solche zu erlangen wünsche, könne sich ja Wechsel geben lassen, und gerade um sie fern zu halten, werde die Form der Anweisungen gewählt, welche letztere man überhaupt nur im Vertrauen auf den Vormann anzunehmen pflege. Die Statuirung einer dem Wechselindossamente angehörigen Regreßpflicht sei zudem schon deßhalb nicht angemessen, weil sie in der That eine theilweise Aufhebung der Wechselordnung im Gefolge haben würde. Denn während diese die Regreßpflicht nur bei Urkunden zulasse, welche den Erfordernissen eines Wechsels entsprächen, ferner dieselbe an die Beobachtung einer Reihe von Förmlichkeiten knüpfe, seien diese Requisite bezüglich der Anweisungen und Verpflichtungsscheine aufgegeben, weil nicht ausdrücklich verlangt worden. Auf diese Erwägungen hin wurde denn beschlossen, dem hier in Frage stehenden Indossamente keine weiteren materiellen Folgen beizulegen, als die im Art. 303 ausgesprochenen. Es ist also in dem Protocolle die Frage wegen der materiellen Wirkungen des Indossamentes zur Sprache gebracht und ventilirt worden. Der Beschluß ging dahin, daß bezüglich der materiellen Folgen dem Indossamente die Wirkung beizulegen sei, daß der

Digitized by Google

Indossatar dadurch ohne Weiteres zur Empfangnahme legitimirt werde und daß ihm, falls das Papier eine Verpflichtung enthält, von dem Verpflichteten keine die Person des Indossanten betreffende Einrede sollte entgegengesetzt werden können. Dagegen sollten weitere materielle Folgen an das Indossament nicht geknüpft werden.

Das Gesetz hat also dem Indossamente die wechselrechtliche Regreßpficht absichtlich **nicht beilegen** wollen. Ob die Regreßpflicht des Ausstellers im Gegensatze zu der des Indossanten speciell discutirt worden ist, machen die Protocolle nicht ersichtlich. Allein die Gleichartigkeit des Verhältnisses und der Umstand, daß die für Ausschließung der wechselmäßigen Regreßpflicht bei dem Indossamente geltend gemachten Gründe aus der Natur des Wechsels ebenso gut und ebenso genau auch auf die Regreßpflicht des Ausstellers passen, machen es unbedenklich, daß das Gesetz es beabsichtigt hat, auch in Ansehung des Ausstellers die materielle Berechtigung des Assignatars lediglich zu beschränken auf dessen Legitimation zur Empfangnahme, dagegen eine formelle Regreßpflicht des Ausstellers nicht zu statuiren.

Hiernach hat das H.-G.-B. den früher bestandenen Rechtszustand weder abgeändert noch abzuändern beabsichtigt. Es enthält keine Vorschrift für die zur Entscheidung stehende Rechtsfrage. Dieselbe ist also nach dem Landrecht zu beantworten, und nach ihm ist eine formelle Regreßpflicht des Anweisenden durch die Anweisung allein nicht begründet. Der Regreß des Assignatars gegen den Assignanten ist vielmehr nur zulässig auf Grund des bestehenden materiellen Schuldverhältnisses, auf welches die Klage nicht basirt ist. Somit fehlt der Klage ein rechtlich begründetes Fundament, und rechtfertigt sich hieraus deren Zurückweisung. Die erste richterliche Entscheidung war dem entsprechend abzuändern. h.

Art. 300.

Rechtliche Natur und Wirkung der **Anweisung**. Befriedigung der **Gläubiger** des Anweisenden aus der angewiesenen Forderung.*)

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. X, S. 348.

Digitized by Google

Erk. des Obertribunals vom 8. Oct. 1866. (Striethorst, Arch. für Rechtsfälle, Bd. 65, S. 46 ff.)

Der Fruchthändler Wolff hatte die Gebrüder Fischer angewiesen, eine ihm an den Verklagten, Bäcker Weustenfeld, zustehende Forderung von diesem für ihre eigne Rechnung einzuziehen. Der Verklagte nahm diese Anweisung an. Nachdem hierauf über das Vermögen des Wolff der Concurs eröffnet worden, verlangte der bestellte Verwalter die Einzahlung der Forderung zur Concursmasse. Das Urtheil 2. Instanz wies ihn ab, wurde aber vom Obertribunal aus folgenden Gründen vernichtet:

„Daß die Angewiesenen (Gebr. Fischer) den Assignaten (Weustenfeld) statt des Anweisenden (Wolff) ausdrücklich zu ihrem Schuldner angenommen hätten, ist nicht festgestellt worden. Die Anweisung hat also nicht nach den §§ 262. 263. 264. 265, I, 16 allg. L.-R. den Charakter einer Angabe an Zahlungsstatt, einer Cession, oder gar einer Delegation erlangt. Eine einfache Anweisung unterscheidet sich aber darin von der Cession, daß bei dieser das Eigenthum an der Forderung auf den Cessionar übergeht, bei der bloßen Anweisung aber bei dem Anweisenden verbleibt. Der Angewiesene darf für seine eigene Rechnung die Forderungen des Anweisenden einziehen, wird daher, sobald er dieß thut, Egenthümer des eingezogenen Geldes. So lange er dieß aber nicht gethan hat, existirt die Forderung, deren Eigenthümer der Anweisende ist. Die Gläubiger des Letzteren haben also das Recht, dieselbe zum Gegenstande ihrer Befriedigung im Wege der Execution zu machen, nicht verloren, da die Gläubiger alle Forderungen ihres Schuldners, so lange dieselben diesem eigenthümlich zustehen, zum Gegenstande ihrer Befriedigung machen können, und nur ein rechtsgültig von Jemand erworbenes Vorzugsrecht, aus einer bestimmten Forderung befriedigt zu werden, gelten lassen müssen. Ein solches Recht auf vorzugsweise Befriedigung gibt das Pfandrecht. Die Anweisung gibt ebenso wenig ein Pfand- oder ein dingliches Recht auf die Forderung der Anweisenden, als sie diesen das Eigenthum nimmt. Die §§ 259. 274—276, I, 16 enthalten davon nichts. In dem Erkenntnisse des vierten Senats des Obertribunals vom 14. Mai 1865 (Entsch., Bd. 53, S. 85—91) ist näher ausgeführt worden: daß sie dem Angewiesenen, wenn auch der Assignat die Anweisung angenom-

Digitized by Google

men, der Angewiesene aber diesen nicht ausdrücklich zu seinem Schuldner statt des Anweisenden angenommen hat, nicht das Recht geben, der Befriedigung anderer Gläubiger des Anweisenden aus der Forderung, auf welche die Anweisung ertheilt ist, zu widersprechen. Der Assignat mag, wenn andere Gläubiger sich an dieselben im Wege der Execution halten wollen, sie zum gerichtlichen Depositum einzahlen, und dem Angewiesenen überlassen, mit solchen anderen Gläubigern wegen Befriedigung aus derselben in einen Prioritätsstreit einzugehen.

Es folgt hieraus, daß, wenn über das Vermögen des Anweisenden, bevor der Assignat die Forderung des Anweisenden wirklich an den Angewiesenen gezahlt hat, Concurs eröffnet worden, er dieselbe zur Concursmasse einzahlen muß.

Art. 307 flg.

Sind die Sparcassen-Bücher zum Schutze des Eigenthümers gegen Dritte außer Cours zu setzen? *)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 17. Februar 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 99.)

Wenn auch die Sparcasse zu Iserlohn die Legitimation des Producenten des Quittungsbuchs nicht zu prüfen hat, sondern statutenmäßig berechtigt und verpflichtet ist, jedem Inhaber des Quittungsbuchs gegen Vorzeigung, resp. Rückgabe desselben den Betrag, über welchen dasselbe spricht, ganz oder theilweise auszuzahlen, ohne dem Einzahler oder dessen Erben zur Gewährleistung verpflichtet zu sein, wenn nicht vor der Auszahlung ein Protest eingelegt und in die Cassenbücher eingetragen ist — so sind doch diese, lediglich zur Erleichterung der Sparcassen-Verwaltung und der Eigenthümer der eingezahlten Capitalien selbst getroffenen Bestimmungen nicht darnach angethan, um den Sparcassenbüchern die Natur und den rechtlichen Charakter der auf jeden Inhaber lautenden Papiere beizulegen, sodaß solche zum Schutze des Eigenthümers gegen Dritte außer Cours zu setzen wären (§ 47. 48 a. L.-R., Th. I, Tit. 15).

Denn, da sie nicht auf den Inhaber lauten, sondern auf einen

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. V, S. 264, und Gruchot, Beiträge Jahrg. II, S. 426, desgleichen die Abh. von Keyßner in Busch, Arch., Bd. IV, S. 231 flg.

Digitized by Google

bestimmten Namen ausgestellt werden, so bedarf es ihrer Außercoursſetzung nicht, um sie dem, welcher sie erwerben will, als besonderes Eigenthum dessen, auf den sie ausgestellt sind, zu bezeichnen. Sie sind eben deshalb im gesetzlichen Sinne keine auf den Inhaber lautenden Papiere (Entsch., Bd. 34, S. 337; Bd. 47, S. 425).

Art. 301 flg.

Charakter der **Inhaber-Papiere**, namentlich gegenüber den Papieren, in denen eine bestimmte Person als Gläubiger bezeichnet ist (**Sparcassenbücher**). Eigenschaft der Sparcassenbücher als **Beweisurkunde** oder **bewegliche Sache.** Uebereignung eines Sparcassenbuchs durch **Uebergabe** oder **Cession.***)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 16. Octbr. 1866. (Striethorst, Archiv f. Rechsf., Bd. 65, S. 77 flg.)

Der Erblasser der Kläger, Rentier Rieve, hatte der Verklagten, Wittwe Hartbaum, ein auf seinen Namen lautendes Sparcassenbuch mündlich geschenkt und übergeben. Die Kläger forderten Rückgabe desselben, und wurden von dem Appell.-Gerichte in Münster abgewiesen, während das Obertribunal aus folgenden Gründen nach dem Klagantrage erkannte:

„Das charakteristische Merkmal des Inhaber-Papiers liegt in der Unbestimmtheit des Gläubigers. Es wird durch die Ausstellung des Papiers zunächst nur der einseitige Wille des Schuldners, sich verpflichten zu wollen, erkennbar gemacht, die Feststellung der in dem Papier individuell nicht bezeichneten Person des Gläubigers aber dem Laufe des Papieres mit der Maßgabe überlassen, daß erst in dem Momente, da der Inhaber von dem Schuldner die Zahlung fordert, die Unbestimmtheit des Gläubigers ihr Ende erreicht, das Gläubigerrecht sich in der Person des Präsentanten fixirt und dadurch erst die Obligation zum Abschlusse gelangt.

Ist dagegen in dem Papiere schon eine bestimmte Person als Gläubiger bezeichnet, die Zahlung aber an jeden Inhaber versprochen, so ist der Inhaber nicht berechtigter Gläubiger, sondern

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. V, S. 264, Bd. X, S. 343; Goldschmidt, Zeitschr., Bd. IX, S. 145, und die Abh. von Voigtel in Hinschius, Zeitschr., Bd. I, S. 445 flg.

Digitized by Google

gilt nur als zur Empfangnahme der Zahlung für letzteren ermächtigt, und in dieser Eigenschaft dem Schuldner gegenüber durch den Besitz des Papieres legitimirt. Es liegt dann keine Unbestimmtheit des Gläubigers, sondern nur eine solche des Empfängers vor, und es können Zahlungsversprechen dieser Art nicht unter den rechtlichen Begriff der Inhaber-Papiere subsumirt werden.

Nun lautet das hier fragliche Sparcassenbuch in Gemäßheit des § 12 des Statuts unbestritten auf den Namen des Erblassers der Kläger, mithin auf einen bestimmt bekannten Gläubiger und nicht auf den Inhaber. Die nach ihren Motiven, —

vgl. Art. 14 des Reglements vom 12. December 1838, (Ges.-S. für 1839, S. 5 flg.),

ausschließlich zur Erleichterung der Legitimationsführung und Abwendung der Regreßpflicht von den Communalbeamten der Sparcassen-Verwaltung im § 18 des Statuts gegebene Berechtigung und Verpflichtung zur Zahlung des Einlage-Capitals an jeden Inhaber berührt nach der vorstehenden Entwickelung die rechtliche Natur des Quittungsbuches nicht. Dasselbe charakterisirt sich daher nur als eine Beweisurkunde über ein dem im Buche benannten Gläubiger gegen die Sparcassen-Verwaltung auf Rückzahlung eines Darlehns zustehendes Forderungsrecht und fällt als solches nicht in die Kategorie körperlicher beweglicher Sachen. — — —

Ist nun, wie im vorliegenden Falle, das Recht ein bloßes persönliches Forderungsrecht, so muß, damit der Empfänger dem Schuldner gegenüber die volle Disposition darüber erlangt, der Tradent in äußerlich erkennbarer Weise den Besitz zum Vortheile des Empfängers aufgeben und den letzteren in die Lage bringen, dieß dem Schuldner überzeugend nachweisen zu können. Dazu kann die bloße Uebergabe der Beweisurkunde, deren Besitz zu keiner Disposition über die Forderung selbst berechtigt, unzweifelhaft nicht genügen. Es ist dazu vielmehr noch die Form der Cession erforderlich, welche das Gesetz bei Forderungsrechten im Allgemeinen als Act der Tradition auffaßt. Da im vorliegenden Falle das geschenkte Forderungsrecht einen Werth von mehr als 50 Thlrn. repräsentirt, und darüber außerdem ein Document vorhanden ist; so ist nach § 131 flg., Thl. I, Tit. 5 und § 393. 394, Thl. I, Tit. 11 des a. L.-Rechts zur Rechtsgültigkeit der Cession mindestens die Schriftform erforderlich

Digitized by Google

gewesen, und in Ermangelung einer solchen die Uebergabe des Forderungsrechtes an die Beklagte in rechtsbeständiger Weise nicht erfolgt.

Daß die Beklagte durch die Uebergabe des Quittungsbuchs thatsächlich in den Stand gesetzt worden ist, als Inhaberin desselben die darin verbriefte Summe, also den Gegenstand des Forderungsrechts, bei der Sparcassen-Verwaltung zu erheben und für sich zu behalten, ist ein zufälliger, ganz außerwesentlicher Umstand, welcher bei der principiellen Beurtheilnng der rechtlichen Wirksamkeit des Uebertragungsactes umsomehr außer Betracht bleiben muß, als nach § 18 des Statuts der Erblasser der Kläger resp. die letzteren selbst zu jeder Zeit in der Lage gewesen sind, durch einfachen gegen die Auszahlung erhobenen Protest sich die Forderung an die Commune zu conserviren und der letzteren, sowie der sie vertretenden Sparcassen-Verwaltung, die stipulirte Befugniß zu entziehen, dem Präsentanten des Buches, als dem legitimirten Empfangs-Berechtigten, Zahlung leisten zu dürfen.

Art. 317.

Bei Handelsgeschäften ist zur Gültigkeit der Willenserklärungen eine **ausdrückliche** Erklärung nicht erforderlich.

Die Vorschrift des Art. 317 findet auch auf die **Entsagung** der Forderung aus einem Handelsgeschäfte Anwendung.

Erk. des Appell.-Gerichts zu Hamm vom 15. Januar 1866, und des Obertribunals zu Berlin vom 19. Juni 1866. (Entscheidungen, Bd. 57, S. 379.)

Beklagter hatte Radschaufeln gekauft, wurde auf Zahlung des rückständigen Kaufgeldes verklagt, und machte compensando einen Entschädigungs-Anspruch aus dem Kaufvertrage geltend. Der Kläger behauptete, daß Beklagter in seinem Briefe vom 13. Januar 1864 auf den Entschädigungs-Anspruch verzichtet habe. Parteien streiten, ob dieser Verzicht in rechtsgültiger Form erklärt sei. Beide Gerichtshöfe bejahten dieß. Das Appellationsgericht führte aus:

„Durch die in Art. 317 H.-G.-B. aufgestellte Regel ist für die nach derselben zu beurtheilenden Verträge keineswegs nur, wie der

Digitized by Google

erste Richter voraussetzt, die schriftliche Form, sondern auch jede andere Förmlichkeit für entbehrlich erklärt. Vorschriften, welche für Willenserklärungen eine, sei es durch Schrift oder durch Rede zu äußernde, wörtliche, bezüglich ausdrückliche, Erklärung verlangen, machen die Gültigkeit gerade von einer bestimmten Form abhängig*) (vgl. § 60 a. L.-R., Thl. I, Tit. 4 „rechtsgültige Form"). Schon nach der allerdings den mannichfachsten Ausnahmen unterworfenen Regel des allg. L.-R.s ist ebenso, wie der Regel nach im gemeinen Rechte, die Form der Willenserklärung eine willkürliche. (Vgl. § 94 a. L.-R., Thl. I, Tit. 4 „jede Aeußerung;" § 60 ebendaselbst; Puchta, Pandekten, § 64; Göschen, Vorlesungen, § 93 und 94.) Eben diese Regel ist es, welche im ersten Absatze des Art. 317 H.-G.-B. für die Verträge bei Handelsgeschäften auch gestellt ist. Da Ausnahmen von derselben nur insoweit stattfinden, als dieselben im Handelsgesetzbuch selbst enthalten sind, kann nicht davon die Rede sein, dennoch auch derartige Verträge, sei es den von dem ersten Richter in Bezug genommenen § 134 des a. L.-R.s, Thl. I, Tit. 5, der schon deshalb mit Unrecht zur Anwendung gebracht ist, weil er die schriftliche Form vorschreibt, sei es die für Entsagungen die ausdrückliche Form vorschreibende Bestimmung des § 381 des a. L.-R., Thl. I, Tit. 16**) zur Anwendung zu bringen."

Das Obertribunal führt ferner aus:

„Das Geschäft, aus welchem der Kläger seinen Anspruch geltend macht, ist unstreitig ein Handelsgeschäft. Die Wirkungen desselben, namentlich die Verbindlichkeiten des Klägers zur rechtzeitigen Erfüllung desselben, und die aus Versäumung derselben entstehende Pflicht zur Entschädigung des Verklagten können daher in ihrer Totalität nur nach den Bestimmungen des H.-G.-B.s beurtheilt werden. Diese Wirkungen sind die Resultate des Abschlusses des Geschäfts und des nachher eingetretenen Verhaltens der Contrahenten, welches sich in Handlungen und Aeußerungen kundgibt; und wenn dabei die

*) Vgl. die Abhandlung von Voigtel in Hinschius, Zeitschrift, Bd. I, S. 454, wo dasselbe für die datio in solutum ausgeführt ist, die nach preuß. Landrecht (§ 235 flg., Thl. I, Tit. 16) ebenfalls eine ausdrückliche Willenserklärung erfordert.

**) § 381 L.-R., I, 16 lautet: Erlaß und Verzichtleistung erfordern allemal eine ausdrückliche Willenserklärung.

Digitized by Google

Form solcher Handlungen oder Aeußerungen in Frage kommt, so erscheint es unzulässig, dieselben nach anderen Gesetzen zu beurtheilen, als welche auf das Geschäft selbst Anwendung finden, da sonst die einheitliche Anwendung des Handelsgesetzbuchs auf das ganze darnach zu entscheidende Rechtsgeschäft beeinträchtigt werden würde. Daher ist von dem Appellationsrichter mit Recht angenommen, daß das Verhalten des Verklagten und seine Aeußerung in dem Schreiben von 13. Januar 1864, aus welchem er den Willen desselben, einen Entschädigungs-Anspruch wegen der Verzögerung nicht geltend zu machen, gefolgert hat, eine besondere Form der Aeußerung nicht bedurft habe, sondern so, wie sie vorliegt, als wirksam zu betrachten sei. Der Art. 317 des H.-G.-B.s beseitigt jede Form und Ausnahmen gelten nur insofern, als sie in diesem Gesetzbuche enthalten sind. Für die Form der Willens-Aeußerung des einen Contrahenten, aus einem Verhalten des Anderen in einem Handelsgeschäft keinen Entschädigungs-Anspruch herleiten zu wollen, sind eben solche Vorschriften im H.-G.-B. nicht enthalten und der Appellationsrichter konnte sie daher auch nicht für nothwendig erachten."*)

Art. 317.

Haben die Parteien unter der Herrschaft des H.-G.-B. und dessen Form-Vorschriften entsprechend **mündlich** über einen Gegenstand des Handels-Gewerbes einer Partei contrahirt, so kann die **formelle Rechtsgültigkeit dieses Vertrages** nicht dadurch Abbruch leiden, daß durch denselben der frühere, nach den damals zur Norm dienenden Bestimmungen des allg. Landrechts **schriftlich** abgeschlossene Vertrag **Abänderungen** erfahren hat**).

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 18. Octbr.

---

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. V, S. 266, und die Abhandlungen von Lesse, Bd. IV, S. 138 flg. und Voigtel, Bd. VIII, S. 429 flg.

**) Vgl. Busch, Archiv, Bd. IV, S. 135; Bd. VI, S. 47; Bd. IX, S. 71. 87; Bd. X, S. 357, und die Abh. von Lesse, das. Bd. IV, S. 138 flg.; desgleichen Hoffmann, Glossen zum H.-G.-B. in Gruchot's Beiträgen, Jahrg. XI, S. 460.

Digitized by Google

1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 281; Gruchot, Beiträge, Jahrg. XI, 1867, S. 461; Entscheidungen, Bd. 57, S. 373).

Die Parteien haben vor Einführung des H.-G.-B. (1. Mai 1862) einen handelsgeschäftlichen Vertrag schriftlich geschlossen, und denselben am 11. Juli 1862 durch mündliche Abrede abgeändert. Kläger erachtete dies neuerliche Abkommen für nicht rechtsverbindlich und klagte 212 Thlr. ein, wurde jedoch in allen Instanzen abgewiesen. Das Obertribunal führte aus:

Das in § 14, Einl. zum a. L.-R.*) niedergelegte allgemeine Princip:

„daß die formelle und materielle Rechtsbeständigkeit der auf Begründung von Rechtsverhältnissen abzielenden Handlungen nach den zur Zeit ihrer Vornahme bestehenhenden Gesetzen beurtheilt werden soll,

findet seine Begründung in der Voraussetzung, daß der Handelnde bei dem Willensact sich der darauf bezüglichen damals gültig gewesenen gesetzlichen Vorschriften bewußt gewesen sei, und sie dabei zur Richtschnur für sein Verfahren resp. seine Erklärung genommen, nach ihnen die rechtlichen Folgen der letzteren für die ganze Dauer ihrer Wirksamkeit bemessen haben werde. Hiervon ausgegangen, mußte es als rechtswidrige Willkür und als ein Eingriff in erworbene Rechte erscheinen, wenn der Gesetzgeber durch spätere Gesetze an frühere Handlungen positiv oder negativ nachtheilige Folgen knüpfen wollte, auf welche der Wille des Handelnden bei dem früheren Rechtsact nicht gerichtet sein konnte. Ist daher unter der Herrschaft von Gesetzen, welche die äußere Rechtsbeständigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Beobachtung strengerer Form abhängig macht, ein solches ohne Beobachtung der Form vorgenommen worden, so entspricht es jenem Princip, wenn dasselbe auch dann noch für nicht zu Recht beständig erachtet wird, wenn ein neueres Gesetz die strengere Form erläßt, und rechtliche Folgen aus jenem Rechtsact erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes hergeleitet werden.

Ob von diesem Principe durch die singuläre Vorschrift des § 17 der Einleitung zum allgemeinen Landrecht:

*) § 14 Einl. a. L.-R. lautet: Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden.

Digitized by Google

„Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den alten Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nun die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streites dabei angetroffen werden,"

allgemein also auch in Bezug auf Verträge eine Abweichung habe begründet werden sollen (wie Weber „Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze", S. 95, anzunehmen scheint, während der § 9 des Publications-Patents zum allgemeinen Landrecht auf das Gegentheil hindeutet), kann dahingestellt bleiben, da diese Auslegung des § 17 der Einleitung dem Appellations-Urtheil eine neue Stütze gewähren und die Nichtigkeitsbeschwerde von Hause aus hinfällig erscheinen lassen würde.

Jenes Princip führt uns in seiner Consequenz mit Nothwendigkeit dahin, daß, wenn unter Herrschaft des neuen, laxere Formen statirenden, Gesetzes ein neuer Willensact vorgenommen wird, für die Rechtsbeständigkeit und die Wirkungen desselben nach allen Richtungen hin die Vorschriften des neuen Gesetzes maßgebend sein müssen, weil davon auszugehen ist, daß diese Vorschriften den Willen des Handelnden geregelt haben und es an jedem Grunde zu der Annahme fehlen würde, daß auf seine Willensbestimmung Gesetze von Einfluß gewesen sein könnten, welche bezüglich dieses Rechtsacts für ihn nicht mehr verbindlich waren.

Ob der neue Rechtsact ein Rechtsverhältniß, welches durch ein unter der Herrschaft des älteren Gesetzes bei Beobachtung der strengeren Formen des letzteren stattgehabtes Rechtsgeschäft geschaffen ist (wie im vorliegenden Falle), materiell abändert, muß bei der Beurtheilung der formellen Rechtsbeständigkeit des neuen Geschäfts gleichgültig erscheinen. Für diese sind die Bestimmungen des neuen Gesetzes, welches allein dem Handelnden bei seinem Willensacte zur Richtschnur dienen konnte, maßgebend.

Haben daher die Parteien unter der Herrschaft des allg. d. H.-G.-B., den Formenvorschriften desselben entsprechend, mündlich über einen Gegenstand des Handelsgewerbes des Klägers contrahirt, so kann die formelle Rechtsgültigkeit dieses Vertrages nicht dadurch Abbruch erleiden, daß durch denselben der frühere, in Ge-

Digitized by Google

mäßheit der damals als Norm dienenden Bestimmungen des a. L.-R. schriftlich abgeschlossene Vertrag Abänderungen erfahren hat.

Daß die Vorschriften des § 388, I, 5 des a. L.-R., nach welchen Modificationen schriftlich abgeschlossener Verträge gleichfalls schriftlich erfolgen müssen, dieser Ausführung nicht entgegensteht, liegt auf der Hand, da dieselbe den hier vorliegenden Fall des Wechsels der Gesetzgebung nicht vor Augen hat.

Mit Unrecht beruft sich Implorant für seine Ansicht auf das Ob.-Trib.-Erkenntniß vom 9. Febr. 1864 (Strieth., Archiv, Bd. 53, S. 123)*). Dort war ein Handlungsdiener durch einen unter der Herrschaft des a. L.-R. geschlossenen Vertrag engagirt und von seinem Principal nach Einführung des a. d. H.-G.-B. ohne vorgängige Kündigung entlassen worden. In diesem Falle hat das Ober-Tribunal völlig im Einklang mit den eben erörterten Grundsätzen ausgeführt, daß auf den Vertrag überall in Bezug auf seine Form und Wirkungen, insbesondere seine Erfüllung und Aufhebung, die landrechtlichen Vorschriften zur Anwendung zu bringen seien, und daß selbst die Fortsetzung des Vertrages unter der Herrschaft des a. d. H.-G.-B.s nicht zu der Annahme führe, als hätten die Parteien sich stillschweigend den Vorschriften dieses neuen Gesetzbuches unterwerfen wollen.

Zwischen diesem Falle und dem hier zur Beurtheilung vorliegenden besteht der wesentliche Unterschied, daß es dort an einer neuen, in den Formen des a. d. H.-G.-B.s getroffenen Vereinbarung fehlt, während hier eine solche vorhanden ist.

Art. 317.

Mündliche Nebenabreden neben einem schriftlichen Handelsvertrage.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 18. Juli 1867. (Original-Beitrag.)

Ueber die Wirksamkeit mündlicher Abreden neben einem schriftlichen Handelsvertrage spricht sich das k. Obertribunal in dem Erkenntnisse vom 18. Juli 1867 in der Proceßsache Daegelow wider Vulcan wie folgt aus:

Nach der Ansicht des Appellationsrichters sollen auch bei Handels-

*) Abgedruckt in Busch, Archiv, Bd. V, S. 249.

Digitized by Google

geschäften, bei welchen Verträge, die mündlich geschlossen worden, volle Gültigkeit haben (Art. 317 H.-G.-B.), in dem Falle, in welchem der Inhalt der Verträge in Schriften niedergelegt worden ist, die Vorschriften des a. L.-R., die in Betreff der mündlichen Nebenabreden bei schriftlichen Verträgen gegeben sind, zur Anwendung gebracht werden müssen, weil diese Verträge in Handelsgeschäften denjenigen, welche auch nach den landrechtlichen Bestimmungen der schriftlichen Form nicht bedurften, gleichstehen, für die letzterwähnten aber die §§ 127. 128, I, 5 a. L.-R. maßgebend seien. Diese Ansicht hält der Implorant für unrichtig, weil bei Handelsgeschäften die mündliche Abrede der schriftlichen vollkommen gleichstehe, möge sie selbstständig für sich, oder in Anlehnung an einen schriftlichen Vertrag dastehen. Sie müsse daher auch, wenn sie neben der in Schrift verfaßten Vereinbarung diese ergänzen, zur Wirksamkeit kommen, diese demnach nicht, wie der § 128 a. a. O. vorschreibe, unberücksichtigt bleiben. Nach der Behauptung des Imploranten soll der Appellationsrichter dadurch, daß er die behaupteten mündlichen Verabredungen für rechtlich bedeutungslos erklärt, den gedachten Art. 317 H.-G.-B. und auch die §§ 127. 128, I, 5 a. L.-R. verletzt haben.

Der Vorwurf ist begründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit auf die durch den Art. 317 H.-G.-B. gegebene Vorschrift die Vorschriften des a. L.-R. zur Anwendung zu bringen sind; auch nach diesem ist die Anwendung der gedachten §§ nicht richtig. Dem Wortlaut nach würde allerdings die Vorschrift des § 127, welche besagt:

> Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen worden, so muß alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, blos nach dem schriftlichen Contract beurtheilt werden,

als auf jeden Vertrag, hinsichtlich dessen Inhalts eine schriftliche Urkunde vorliegt, passend wohl angesehen werden können, wenn auch sonst dieser Vertrag in mündlicher Form völlige Gültigkeit haben würde. Näher betrachtet ist die Sache jedoch anders.

In Ansehung der schriftlichen Verträge ist zu unterscheiden zwischen denen, bei welchen die Schriftform gesetzlich geboten ist, denen, hinsichtlich deren diese Form auf einer Abrede der Parteien beruht, und denen, bei welchen ohne gesetzliches oder vertragliches Gebot die Contrahenten über die auch ohne Schrift gültige Vereinbarung eine

Digitized by Google

schriftliche Urkunde verfaßt haben. Bei den Verträgen der ersten und zweiten Art hängt die Gültigkeit des Vertrages und seine verbindliche Kraft absolut resp. präsumtiv von der schriftlichen Abfassung ab. §§ 116. 117, I, 5 a. d. L.-R.*) Mündlichen Verabredungen ist bei solchen Verträgen, somit auch neben denselben jede vertragliche Wirksamkeit entzogen. Diese Verträge gelten daher nur, soweit die schriftliche Beurkundung reicht, und den mündlichen Nebenabreden, kann, jenachdem sie wesentliche Theile des Vertrages oder Nebenumstände betreffen, entweder die Wirkung, daß der schriftliche Vertrag nicht bestehen kann, beigelegt werden, oder gar keine, wie dieß im letztern Falle § 128 resp. § 129 a. a. O. vorschreiben. Anders ist es in dem oben hervorgehobenen dritten Falle. In diesem ist die Schrift nicht ein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des Vertrages. Die schriftliche Abfassung hat hier gewöhnlich nur den Zweck, den Inhalt des Vereinbarten sicher zu stellen; da aber das neben derselben mündlich Verabredete ebenfalls Geltung hat, wenn hierauf die Verabredung gerichtet ist, so läßt sich nicht bezweifeln, daß, da es von dem Willen der Parteien abhängt, ob sie überhaupt ihre Verabredung schriftlich verfassen wollen, sie ebenso bestimmen können, wie weit sie die Schrift wollen, und wie weit die mündliche Verabredung gelten soll. Einer solchen Vereinbarung die rechtliche Wirkung abzusprechen, läßt sich nicht rechtfertigen, und es findet sich über deren Wirksamkeit bei den Rechtslehrern und Gerichtshöfen des gemeinen Rechts, bei welchen Fragen dieser Art mehr und in wichtigeren Fällen vorkommen mußten, als dieß bei der landrechtlichen Gesetzgebung der Fall sein konnte, keine widerstreitende Meinung.

Thöl, Handelsrecht, Bd. I, S. 387 (4. Aufl.).

---

*) Es lautet § 116: Verträge, welche vermöge des Gesetzes oder einer Abrede der Parteien schriftlich geschlossen werden sollen, erhalten ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift. — § 117: In allen Fällen, wo die Parteien schriftlich zu schließen verabredet haben, wird vermuthet, daß nicht blos der Beweis, sondern selbst die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Abfassung desselben abhängen solle.

§ 128: Auf vorgeschützte mündliche Nebenabreden wird ohne Unterschied des Gegenstandes keine Rücksicht genommen. — § 129: Vielmehr müssen Nebenbestimmungen, welche die Art, den Ort oder die Zeit der Erfüllung oder andere dabei vorkommende Maßgaben betreffen, soweit sie im Contracte nicht festgesetzt worden, von dem Richter lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzt werden.

Digitized by Google

Seuffert, Archiv, Bd. III, Nr. 30; Bd. VI, Nr. 19.
Gruchot, Beiträge, Bd. I, 355.

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß nur bei denjenigen schriftlichen Verträgen, bei welchen die Schriftform zur Gültigkeit des Vertrages selbst erfordert wird, die Vorschrift des § 128 resp. 129, I, 5 allg. L.-R. Bedeutung haben kann, — vgl. Förster, Theorie des preuß. Privatrechts, Bd. I, § 79, Nr. 3, S. 442 — daß sie aber da nicht zur unbedingten Anwendung gebracht werden darf, wo die Abfassung der Schrift rein facultativ ist. Im vorliegenden Falle hat der Appellationsrichter aber nicht festgestellt, daß unter den Parteien vor Abschluß des Vertrages die Vereinbarung getroffen sei, daß derselbe schriftlich errichtet werden solle — § 117 a. a. O. —; er nimmt auch sonst an, daß eine schriftliche Form nicht geboten, sondern die mündliche Verabredung zur Gültigkeit des Vertrages nach Art. 317 H.-G.-B. genügend gewesen sei. Wenn er dessen ungeachtet die §§ 127. 128, I, 5. allg. L.-R. auf Verträge der letzten Art angewendet, so ist dieses nach dem zuvor Bemerkten unrichtiger Weise geschehen, der § 128 also verletzt. Kz.

Art. 318 flg., 347.

Abschluß eines Vertrages durch stillschweigende Willenserklärung, insbesondere bei Ueberschreitung einer Bestellung.*) Dispositionsstellung.

Erk. des Tribunals zu Königsberg vom 15. Decbr. 1865 und des Obertribunals zu Berlin vom 28. Juni 1866. (Original-Beitrag.)

Die Kläger übersendeten dem Verklagten am 13. Juni 1864 in 2 Gebinden 798 Quart Kirschsaft mit Factur auf einen Kaufpreis von 91 Thlr. 24 Sgr. zahlbar nach 3 Monaten. Nach Ablauf der 3 Monate mahnten sie, der Verklagte stellte ihnen aber die Waare mittelst Schreibens vom 20. September 1864 zur Disposition, weil die Sendung im Quantum und der Lieferungszeit der Bestellung nicht entsprochen habe, er vielmehr nur 360 Quart, im Spätherbst 1864 zu liefern, bestellt habe.

*) Vgl. Bd. V, S. 269 dieses Archivs und die dort gegebenen Citate; Bd. VII, S. 44. 237; Bd. VIII, S. 82 flg. — Striethorst, Archiv, Bd. 60, S. 206 und Bd. 51, S. 92.

Digitized by Google

Diese Dispositionsstellung acceptirten die Kläger mittelst Schreibens vom 23. September 1864, fügten aber hinzu:

„Für keinen Fall wünschen wir, daß Sie die Waare erst entsiegeln, da sie mit unserm Stempel sofort weiter spedirt wird."

Sie forderten den Verklagten auf, den Kirschsaft durch einen Spediteur an N. in R. zu senden.

Dieser letztern Weisung kam der Verklagte nach, benachrichtigte die Kläger davon und fügte hinzu, daß er beim Empfang des Kirschsaftes denselben zur Entnahme einer Probe entsiegelt und in jedes Faß 15 Quart Wasser gegossen habe, um es spundvoll zu machen. Darauf erwiederten die Kläger umgehend, daß sie unter diesen Umständen nicht von dem Kaufgeschäft zurückträten, sondern die Zahlung des Kaufpreises verlangten.

Die Kläger haben nun Klage auf das Kaufgeld angestellt und behauptet, daß der Verklagte die Sendung so bestellt habe, wie sie von ihnen nach dem Obigen effectuirt sei.

Der Verklagte gab nur zu, daß er 360 Quart zum Spätherbst zu liefern bestellt habe, räumte aber im Uebrigen den vorstehenden Sachvortrag ein.

Das Kreisgericht zu Ortelsburg hat den Verklagten nach dem Klagantrage verurtheilt, ohne den Beweis darüber, wie die Bestellung gelautet, zu erheben: weil der Verklagte, auch seine Angabe für richtig angenommen, durch die zugestandenermaßen erfolgte Eröffnung der die Gefäße verschließenden Siegel und Nachfüllung mit Wasser die Lieferung, welche von einer der Klagerechnung gleichlautenden Factur begleitet war, genehmigt habe.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Verklagte appellirt.

Das ostpreußische Tribunal hat jedoch ebenfalls ohne Beweisaufnahme bestätigt. Es wird dabei ausgeführt:

Es ist ohne allen Grund, wenn Verklagter behauptet, daß die Klage auf dem Fundament, aus welchem der erste Richter zuspricht, gar nicht fundirt gewesen sei. Der Umstand, daß die Kläger principaliter behaupten, daß, so wie von ihnen ausgeführt, auch die Bestellung gelautet habe, schließt nicht aus, daß der Kauf (selbst eine Ueberschreitung angenommen) durch Ratihabition des Verklagten zu Stande gekommen sei. Es erscheint eine solche spätere Ratihabition nicht

Digitized by Google

als ein ganz neues, sondern nur als das modificirte ursprüngliche Geschäft.

Eine solche Ratihabition hat aber nach den eigenen Zugeständnissen des Verklagten in der That stattgefunden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob (wie der erste Richter annimmt) der Verklagte schon damit, daß er die Siegel der Fässer erbrach und die Fässer spundvoll machte, dergestalt über die empfangene Waare disponirte, daß daraus eine Genehmigung der Abweichung von dem Auftrage (oder, wenn man will, eine Annahme der durch die mit übersandte Factur ausgedrückten neuen Offerte der Kläger) zu folgern ist. Auch wenn diese Folgerung nicht zu machen wäre, würde die Ratihabition (resp. die Annahme der neuen Offerte) doch aus dem bis zum September 1864 fortgesetzten Stillschweigen des Verklagten zu entnehmen sein.

Im Allgemeinen kommt zwar nach Art. 318 flg. des H.-G.-B.s durch bloßes Stillschweigen auf eine Offerte ein Vertrag nicht zu Stande; allein damit ist nicht gesagt, daß nicht ein solches Stillschweigen durch hinzutretende andere Umstände den Charakter einer stillschweigenden Willensäußerung erhalten könne, welche nach § 59, I, 4 a. L.-R. gleiche Kraft mit einer ausdrücklichen hat.

Solche Umstände sind aber im vorliegenden Falle folgende:

daß die Offerte der Kläger in Verbindung mit einer wirklich geschehenen Bestellung des Verklagten steht, daß sie sich nur als eine Ueberschreitung der Bestellung ratione quantitatis et temporis darstellt.

Von dem angegebenen Gesichtspunkte aus bleibt dieser Umstand erheblich, ohne daß man sich gerade auf Art. 323 oder 347 H.-G.-B., welchen ein ähnlicher Gedanke zu Grunde liegt, zu beziehen braucht.

Ferner treten hinzu:

daß es keine einfache, sondern eine mit Uebersendung der Waare verbundene Offerte war;

daß Verklagter seinen eventuellen Willen, die Sendung zu behalten, wenn sie ihm convenire, durch Eröffnung der Siegel und Entnahme einer Probe documentirte, und daß derselbe (auch nicht einmal im Processe) nirgend etwas dafür anführt, daß die genommene Probe seinen Erwartungen nicht entsprochen habe;

daß er fast 4 Monate im Besitze der Waare blieb, ohne den Klägern irgendwie sein Mißfallen an der Abweichung vom Vertrage

Digitized by Google

auszudrücken, daß er vielmehr in seiner ersten Kundgebung vom 20. September 1864 erklärte, er habe ursprünglich gar nicht die Absicht gehabt, das Geschäft zu annulliren.

Ist hiernach aber ein der Klagefactura entsprechender Vertrag zwischen den Parteien wirklich zu Stande gekommen, so kann es sich nur fragen, ob derselbe durch das klägerische Schreiben vom 23. September 1864 wieder aufgehoben ist? In demselben acceptiren die Kläger zwar die im Schreiben des Verklagten vom 20. September ausgesprochene Dispositionsstellung, allein sie fügen hinzu:

„Für keinen Fall wünschen wir, daß Sie die Waare erst entsiegeln, da sie mit unserm Stempel sofort weiter spedirt wird."

Dieß war offenbar eine Voraussetzung der Annahme der Dispositionsstellung, nicht aber bloßer Wunsch der Kläger.

Nun gesteht aber Verklagter selbst zu, daß jene Voraussetzung der Unverletztheit der Siegel nicht vorlag. Die Annahme der Dispositionsstellung ist daher unwirksam und ist als unwirksam sogleich von den Klägern erklärt worden, nachdem sie vom Verklagten in Kenntniß gesetzt waren, daß ihre Voraussetzung nicht eingetreten war.

Das kgl. Obertribunal hat die gegen dieses Erkenntniß eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen und ist aus den Gründen hervorzuheben:

Die verschiedenen Vorschriften des H.-G.-B.s Art. 319 bis 323 über die Annahme eines Antrags zu einem Handelsgeschäft, insbesondere über die Wirkung des Schweigens bei bestehender Geschäftsverbindung (Art. 323), sind positiven Inhalts und für die darin entschiedenen Eventualitäten maßgebend, haben aber keineswegs die ausgesprochene oder anzunehmende Tendenz, eine ausschließliche Richtschnur für die Frage zu geben, ob in einem gegebenen Falle eine stillschweigende Annahme eines Antrages vorliege? Im Gegentheil ergibt die Ausschließung der Schriftform (Art. 317) von selbst die Zulässigkeit der nach den allgemeinen Gesetzen, die nach Art. 1 zur Anwendung kommen, verbindlichen stillschweigenden Einwilligung. Diese findet der Appellationsrichter in den angegebenen Umständen und hat dadurch den § 59, I, 4 a. L.-R., welcher stillschweigenden Willenserklärungen mit den ausdrücklichen gleiche Kraft gibt, nicht verletzt.

Die Kläger hatten in dem Schreiben vom 23. September 1864,

Digitized by Google

indem sie die von dem Verklagten ausgesprochene Zurdispositionsstellung der Waare acceptirten, hinzugefügt:

> Für keinen Fall wünschen wir, daß Sie die Waare erst entsiegeln, da sie mit unserm Stempel sofort weiter spedirt wird.

Wenn der zweite Richter hierin eine Voraussetzung der Annahme der Dispositionsstellung findet, so kann in dieser Würdigung eine Verletzung des §§ 100. 101. 114. 115, I, 4 a. L.-R. (von Bedingungen) ebensowenig gefunden werden, als sich der aufgestellte Satz: „daß ein Wunsch nicht als Bedingung anzusehen sei," allgemein anerkennen läßt, hier vielmehr alles auf die Auslegung der im concreten Falle vorliegenden Willenserklärung mit Rücksicht auf die Lage des Falles ankommt. Von Verwechselung des Rechtsgeschäfts unbedingter Annahme mit bedingter ist also hier ebenfalls nicht die Rede. †

Art. 324 flg.

Die Verkaufs-Clausel **„zahlbar gegen Tratten des Verkäufers"** berechtigt diesen, wenn er seinerseits den Vertrag erfüllt hat, von dem Käufer die Annahme der gezogenen Wechsel und im Verweigerungs-Falle Schadens-Ersatz zu fordern*)

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln v. 8. Januar 1867. (Archiv für Civ.- und Crim.-R. d. Rheinprovinz, Bd. 61, Abth. 1, S. 9.)

Der Käufer suchte auszuführen, daß die Clausel „zahlbar gegen Tratte des Verkäufers" nicht, wie die Clausel „zahlbar gegen Accept des Käufers," die Verpflichtung herbeiführe, die Tratte vor Verfall zu acceptiren, sondern nur dieselbe bei Verfall einzulösen. Der App.-Hof verwarf aber diese Ausführung aus folgenden Erwägungen:

I. E., daß thatsächlich feststeht, daß der fragliche Handel unter der Bedingung geschlossen ist, daß die Zahlung des Kaufpreises auf Zweimonats-Tratten der Verkäufers erfolge;

daß aus dem Schreiben der Käuferin (Appellantin) v. 23. September 1866 hervorgeht, daß sie zur Zeit, als sie zur Annahme des

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. III, S. 330; Bd. IX, S. 167.

Digitized by Google

in Rede stehenden Wechsels aufgefordert wurde, die Waare, ohne Einwand gegen deren Qualität zu erheben, bereits empfangen hatte;

daß Verkäufer (Appellat), nachdem er solchergestalt den Vertrag seinerseits erfüllt hatte, zur Einforderung der Gegenleistung, und, weil die Käuferin sich vertragsmäßig zur Zahlung auf Tratten des Verkäufers verpflichtet hatte, auch berechtigt war, die Annahme des gezogenen Wechsels zu fordern;

daß die von dem ersten Richter in diesem Sinne ausgesprochene Condemnation auch völlig correct ist, und aus dem Umstande, daß es hier auf Leistung einer Handlung ankommt, nur folgt, daß in Ermangelung der Leistung die Ansprüche des Verkäufers in eine demnächst zu liquidirende Schadensforderung übergehen würden.

Art. 324. 342. 357.

Welches ist der Ort der Erfüllung, wenn die Lieferung der Waaren „von einem bestimmten Orte ab" versprochen ist? Wie sind die Worte im Art. 357 H.-G.-B. „am Orte der geschuldeten Lieferung" zu verstehen?

Erk. des Appell.-Gerichts zu Naumburg v. 3. Decbr. 1864 und 15. März 1867. (Original-Beitrag.)

Laut Schlußschein vom 7. Mai 1863 verkaufte die Handlung S. zu Erfurt 100 Orthoft Spiritus „ab Breslau" zum Preise vom $14^1/_4$ Thlr. für 100 Quart, lieferbar Mitte Juni, Fässer nach Börsenusance zu berechnen, an die Handlung G. zu Erfurt. Diese hatte am 30. Juni 1863 wegen Nichtlieferung des Spiritus Protest erheben lassen, und klagte als Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages 1 Thlr. für jede nicht gelieferte 100 Quart Spiritus ein, weil zu jener Zeit in Breslau der Börsenpreis von 100 Quart Spiritus $15^1/_4$ Thlr. betragen habe.

Die verklagte Handlung wendete ein, daß die klagende Handlung nur deshalb selbst im Verzuge wäre, weil Breslau nach dem Schlußscheine als Erfüllungsort anzusehen sei, die klagende Handlung aber dorthin weder Fässer noch Gelder zur Bezahlung des Preises eingesendet habe.

Dieser Einwand wurde jedoch durch das Erkenntniß des Appel-

Digitized by Google

lationsgerichts zu Naumburg v. 3. Dec. 1864 aus folgenden Gründen verworfen:

Der Auslegung der in dem Schlußscheine gebrauchten Worte „ab Breslau zum Preise von 14¼ Thlr." durch die Verklagte, welche der erste Richter als richtig angenommen, kann nicht beigetreten werden. Kein Wort im Schlußschein deutet darauf hin, daß die Lieferung in Breslau selbst erfolgen sollte. Im Gegentheil sprechen die Worte „ab Breslau" aus, daß die Lieferung außerhalb Breslau erfolgen und nur zu dem Kaufpreise noch die Transportkosten von Breslau ab hinzutreten sollten. Daß ein bestimmter Erfüllungsort durch jene Worte nicht hat bezeichnet werden sollen, ist so klar, daß es der Vernehmung von Sachverständigen hierüber nicht bedurfte, weil diese den Sinn der Worte nicht ändern können. Was aber die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Sachverständigen angeht, so sagen die Breslauer Sachverständigen zwar, daß nach der Fassung der Schlußscheine Breslau der Ort der Lieferung sei. Es fehlt aber diesem Ausspruche an allen denselben rechtfertigenden Gründen, welche die Sachverständigen doch nach § 59, I, 10 A.-G.-O. hätten angeben müssen, um ihr Gutachten beweiskräftig zu machen.

Allein richtig ist die mit Gründen unterstützte Auslegung des Sachverständigen R., wonach durch die Schlußscheine Breslau keineswegs als Lieferungsort festgesetzt ist, vielmehr mit den Worten „ab Breslau lieferbar" nur ausgedrückt werden sollte, daß die Käufer die Fracht von Erfurt nach Breslau zu zahlen haben. . . .

Bestimmt nun der Schlußschein, daß der Spiritus in Breslau nicht zu liefern war, so enthalten sie doch eine Festsetzung über den Ort der Lieferung nicht. Deshalb ist dieser Ort nach den gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen. Nach Art. 342 und 344 des H.-G.-B.s soll aber das Geschäft an dem Orte erfüllt werden, der nach der Natur des Geschäftes oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist. Nach der Natur des Lieferungsvertrages kann aber die Absicht der Contrahenten nur dahin gegangen sein, den Spiritus in den Besitz der klagenden Handlung zu bringen, die in Erfurt ihre Niederlassung hat. . . .

Die klagende Handlung hat nun am 30. Juni 1863 die Verklagte in Erfurt vergeblich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit auf-

Digitized by Google

gefordert. Deshalb ist die Verklagte im Verzuge, und die klagende Handlung nach Art. 355 zum Schadensersatz verpflichtet.

Dem kann die verklagende Handlung auch nicht entgegenstellen, daß die Klägerin selbst mit der Erfüllung im Verzuge sei. Nach Art. 342 des H.-G.-B.s ist der Kaufpreis erst bei der Uebergabe zu zahlen. Erst wenn der Verkäufer die Sache an den Ort der Uebergabe geschafft hat, und seinerseits zur Erfüllung seiner Verpflichtungen d. h. zur Uebergabe im Stande und bereit ist, muß auch der Käufer erfüllen. Vorher bedarf es einer Anbietung des Kaufpreises nicht....

Der Betrag des Schadens ist aber in erster Instanz nicht festgestellt worden. Es konnte daher in dieser Instanz der Umfang des Schadens nicht mehr festgesetzt werden, vielmehr war die Ermittelung desselben einem besonderen Verfahren vorzubehalten.

Gegen dieß Erkenntniß wurde zwar die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt, diese aber unter Bezugnahme der Gründe des Appellationserkenntnisses zurückgewiesen.

In dem hierauf zur Feststellung des Betrags des Schadens angestellten zweiten Processe wurde die verklagte Handlung nach Ableistung eines der klagenden Handlung auferlegten nothwendigen Eides nach dem Antrage der Klägerin verurtheilt, und in den Gründen des Erkenntnisses des Appell.-Gerichts zu Naumburg vom 15. März 1867 gesagt:

Nachdem im Vorprocesse der Einwand der mangelnden Erfüllung des Vertrags seitens der Klägerin rechtskräftig verworfen ist, behauptet die Verklagte, daß nur der Markt- und Börsenpreis in Erfurt maßgebend sein könne, weil Erfurt als der Lieferungsort anzusehen sei, wie sich aus den in der Nichtigkeitsbeschwerde aufrecht erhaltenen Gründen des Appellationserkenntnisses im Vorprocesse ergebe.

Jedoch sind diese Erörterungen im Vorprocesse für den vorliegenden Proceß nicht unbedingt maßgebend.

Weil nämlich im Vorprocesse von der Verklagten der Einwand gemacht war, die klagende Handlung hätte ihrerseits nicht das zur Erfüllung des Vertrags Nöthige gethan, kam es darauf an, den Ort festzustellen, von welchem von der klagenden Handlung die Erfüllung des Vertrags zu verlangen war.

Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um Erörterung der

Digitized by Google

Frage, die Preise welchen Ortes für die wegen unterbliebener Erfüllung dem Käufer gebührende Entschädigung entscheidend sind.

Nun bestimmt aber Abs. 3 des Art. 357 des H.-G.-B.s:

> Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des vom Verkäufer zu leistenden Schadensersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und Markt- und Börsenpreis zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen.

Die Worte „am Orte der geschuldeten Lieferung" kann man aber nicht dahin verstehen, daß der Ort gemeint ist, an welchem sich die zu liefernde Waare befand, sonst müßte es heißen „am Orte der zu liefernden Waare." Der Ort der geschuldeten Lieferung ist der Ort, wo die Lieferung, also die Uebergabe der Waare erfolgen mußte. Dieser Ort war nun, wie in den Vorerkenntnissen ausgeführt ist Erfurt. In Erfurt hat aber der Spiritus keinen Markt- und Börsenpreis. Deshalb fehlt die Voraussetzung des Abs. 3 im Art. 357 des H.-G.-B.s, und steht der klagenden Handlung nach Art. 355 des H.-G.-B.s die Befugniß zu, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung von der Verklagten als der Verkäuferin zu fordern.

Nun bekundet aber der Zeuge R. eidlich, daß die klagende Handlung im Juli 1863 von ihm 25000 Quart Spiritus zum Preise von $15^1/_3$ Thlr. für 100 Quart „ab Breslau" gekauft hat. Die klagende Handlung hat sich auf diese Weise den von der Verklagten nicht gelieferten Spiritus verschafft, und statt $14^1/_4$ Thlr., welchen Betrag die Verklagte zu fordern hatte, $15^1/_3$ Thlr., also 1 Thlr. 2 Sgr. 6 Pfg. mehr bezahlen müssen.

Mit Recht ist sonach die klagende Handlung zum Erfüllungseide über die vom Zeugen R. bekundeten Thatsachen verstattet und im Schwörungsfalle die Verklagte zur Zahlung der eingeklagten Differenz verurtheilt.

Art. 347.

Genügt es zur Begründung der Wandelungs- und Minderungs-Klage, daß zur Zeit der Uebergabe

Digitized by Google

des verkauften Thieres **der bloße Keim** zu einer Krankheit vorhanden war?

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 24. Mai 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 187.)

Auch der bloße Keim zu einer Krankheit (die Dämpfigkeit des verkauften Pferdes war erst 4 Wochen nach der Uebergabe hervorgetreten, aber der Sachverständige schloß aus den Symptomen, daß die Dämpfigkeit schon früher ausgebildet, und die Anlage zu derselben schon bei der Uebergabe vorhanden war) ist für einen zur Wandelungs- oder Minderungs-Klage berechtigenden Fehler oder Gewährsmangel eines erkauften Thieres anzusehen, wenn derselbe bereits zur Zeit der Uebergabe vorhanden war, erwiesener Maßen die nächstdem entwickelte Krankheit veranlaßte, und letztere selbst nach ihrer Natur und Beschaffenheit den Käufer zu dessen Rückgabe, oder zur Minderung des vereinbarten, die Unkenntniß des Käufers von dem Mangel vorausſetzenden Kaufpreises gesetzlich berechtigt haben würde.

Hier steht demselben in Fällen der vorliegenden Art die Vor-Voraussetzung zur Seite, daß er sich auf den Kauf überhaupt, oder doch zu dem vereinbarten höheren Preise nicht eingelassen haben würde, wenn er schon zur Zeit des Kaufes von dem Dasein der latenten Krankheits-Ursache Kenntniß gehabt hätte, oder hätte haben können. Diese Voraussetzung resp. die Annahme eines bei dem Käufer obgewalteten Irrthums über den Gesundheitszustand des erkauften Thiers, die jedem Gewährleistungs-Anspruch wesentlich zum Grunde liegt, muß demselben um so entscheidender zur Seite stehen, wenn, wie hier, die durch die Anlage hervorgerufene Krankheit (die Dämpfigkeit) zu den gesetzlich als Gewährsmängel ausgezeichneten Krankheiten gehört (§ 205, Anh., § 14, L.-R. Thl. I, Tit. 11), und sich innerhalb der im Gesetz bestimmten, für den Causalnexus zwischen Keim und Krankheit nach gesetzlicher Vorschrift sprechenden Fristen entwickelt.

Art. 347.

Der Art. 347 H.-G.-B. findet auf **Platzgeschäfte** keine Anwendung. – Dem mit der Gewährleistungs-Klage

Digitized by Google

klagenden Käufer liegt in Ansehung der **Anzeige** (Art. 347, Abs. 1) die **Beweislast** ob. *)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 25. Jan. 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 62.)

Der Nichtigkeitsbeschwerde ist zwar darin beizupflichten, daß der Art. 347 auf sogenannte Platzgeschäfte keine Anwendung findet. Allein einer Verletzung dieser Vorschrift würde sich der 2. Richter nur dann schuldig gemacht haben, wenn er das Vorhandensein eines solchen Platzgeschäftes festgestellt, und gleichwohl den Art. 347 zur Anwendung gebracht hätte. Es ist aber weder in der Klage, noch in der Klagebeantwortung über den Ort des Kaufabschlusses überhaupt etwas gesagt, und ebenso wenig etwas darüber, ob sich die Waare mit den Contrahenten an dem Orte des Kaufabschlusses befand.

Die von der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellte Behauptung, daß ein Platzgeschäft in der Mitte sei, kann sonach nur als ein in der gegenwärtigen Instanz unzulässiges Novum angesehen werden; während einerseits eine Vermuthung für das Vorhandensein eines Platzgeschäftes nicht existirt, andererseits der aus den Acten konstirende verschiedene Wohnort der Parteien geradezu dagegen spricht. Nun ließe sich zwar sagen, daß der 2. Richter, bevor er zur Anwendung des Art. 347 schritt, die Frage, ob ein Platz- oder Distanz-Geschäft vorwalte, zur ausdrücklichen Erörterung habe ziehen müssen. Allein diese Unterlassung kann nicht eine Verletzung des Art. 347 darstellen. Zur Beseitigung der desfallsigen Rüge genügt es, daß er eben ein Platzgeschäft als vorliegend nicht erkennbar gemacht und festgestellt hat, und daß auch die Partei-Erklärungen seiner Beurtheilung kein sicheres Material unterbreitet haben.

Ebenso wenig läßt es sich auf eine Verletzung des Art. 347 zurückführen, daß der 2. Richter die Behauptung der in Gemäßheit dieser Vorschrift erfolgten, Anzeige zur Substantiirung der Klage für erforderlich erachtet hat. Denn insofern das Gesetz an die Unterlassung der sofortigen Anzeige die Genehmigung der Waare knüpft, ist das Gewährleistungs-Recht des Käufers dadurch bedingt. Zu der das Recht geltend machenden Klage gehört dennoch

*) Vergl. Busch, Archiv, Bd. X, S. 480, und die Abhandlungen von Voigtel, Bd. II, S. 297 flg.; Koch, Bd. III, S. 306 flg.; Auerbach, Bd. IV, S. 116 flg.; Roloff, Bd. VI, S. 277 flg; Zimmermann, Bd. VII, S. 36 flg.

Digitized by Google

der Nachweis der Existenz und des Vorhandenseins seiner Voraussetzungen.

Art. 348. (343. 344. 345. 346. 347. 355. 407.)

Der Art. 348 setzt nicht voraus, daß die von einem anderen Orte übersendete Waare an den Käufer **abgeliefert** und von demselben **in Empfang genommen** ist.*)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 22. März 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 126.)

Der Bäckermeister G. in Torgau hatte bei dem Kaufmann F. in Berlin eine Quantität Honig bestellt. Da der Honig in Torgau angekommen, dort aber fortgekommen war, erhob F. gegen den Besteller G. auf Grund des § 277 L.-R., Thl. I, Tit. 5**) Klage. Der Verklagte wurde in 2. Instanz verurtheilt, und seine Nichtigkeitsbeschwerde vom Obertribunal aus folgenden Gründen verworfen:

„Der 2. Richter geht davon aus, daß der Kläger mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Veranstaltung getroffen habe, daß der Honig richtig in die Hände des Verklagten gelangen mußte, und daß nach den Zugeständnissen des Verklagten der Honig bei ihm richtig angekommen ist. Dieser Thatbestand ergibt, daß Kläger seinen Verbindlichkeiten genügt hat. (Art. 344. 345 Handelsgesetzbuch.)

Demgemäß hatte der Verklagte die Waare in Empfang zu nehmen, sofern er sie nicht aus irgend einem Grunde beanstandete (Art. 346). Beanstandete er dieselbe, weil sie angeblich zu spät geliefert war, so hatte Verklagter entweder die Befugniß, die Niederlegung des Gutes in einem öffentlichen Lagerhause, oder bei einem Dritten durch Vermittelung des Gerichts zu veranlassen (Art. 407),***) oder er war verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung der Waare zu sorgen. Dieses letztere bestimmt der Art. 348. Derselbe setzt aber nicht voraus, daß die Waare an den Käufer abge-

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. IX, S. 210; Bd. X, S. 266.

**) Der § 277 L.-R., I, 5 lautet: Wer bei Erfüllung eines Vertrages ein grobes Versehen sich zu Schulden kommen läßt, ist in allen Fällen zum Schadensersatz verbunden.

***) Der Art. 407 betrifft die Rechte der Ladungs-Interessenten dem Adressaten gegenüber, und dürfte auf die Rechte des Verkäufers gegen den Käufer nicht anwendbar sein.

Digitized by Google

liefert, und von demselben in Empfang genommen sei. Er handelt von der Verpflichtung des Käufers, die Waare in Bezug auf etwaige Mängel untersuchen zu lassen, und das kann allerdings geschehen, wenn sie an ihn abgeliefert ist. Von solcher Ablieferung kann aber da nicht die Rede sein, wo sie eben von dem Käufer nicht gestattet wird, also nicht erfolgen kann Wie in solchem Falle weiter zu verfahren, ergibt sich aus Art. 343. 348. 407.

Ist die Waare an dem Orte zu übergeben, wo Verkäufer wohnt, so hat dieser die Waare so lange zu bewahren, als der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge ist. Tritt solcher Verzug ein, so kann der Verkäufer die Waare deponiren und resp. anderweit verkaufen lassen (Art. 343).

Ist aber, wie hier, die Waare von einem anderen Orte übersendet, so kann, wenn Käufer sie beanstandet, nicht der Verkäufer, der insoweit seiner Pflicht genügt hat, für die Waare sorgen; sondern der Käufer ist allein im Stande und darum verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung zu sorgen, damit dem möglichen Verluste vorgebeugt werde. (Art. 348. 407.)

Auf Art. 355 kann sich Implorant nicht berufen, weil der 2. Richter nicht festgestellt hat, daß der Verkäufer mit Uebergabe der Waare im Verzuge gewesen sei, und der Mangel dieser Feststellung nicht genügt ist."

Art. 354.

Handelskauf. Uebergabe der Waare zu Händen des Spediteurs. Wollmarkts-Usance. Rücktritts-Recht des Verkäufers wegen Mora des Käufers.

Erk. des Stadtgerichts zu Berlin vom 20. Sept. 1867. (Original-Beitrag.)

Der Fabrikant S. aus Sorau kaufte am 19. Mai 1866 auf dem Wollmarkte zu Berlin von dem Rittergutspächter D. dessen auf dem Wiegezettel des Magistrats zu G. bezeichnete Wolle zum Preise von 53½ Thlr. pro Centner mit 9 Proc. Abzug, und übergab demselben ein mit der Firma der Berliner Spediteure H. u. M. bezeichnetes, von ihm unterschriebenes und nach jenem Wiegezettel ausgefülltes Formular, enthaltend die Anweisung, die darin bezeichnete, von D. gekaufte Wolle an H. u. M. abzuliefern. D. ließ die Wolle

Digitized by Google

sodann in die Geschäftsräume von H. u. M., denen er jene Anweisung behändigte, schaffen, wo sie verwogen wurde. Weil sich jedoch der Käufer nach der Behauptung des D. nicht rechtzeitig zur Uebernahme der Wolle und Zahlung des Kaufpreises bei H. u. M. eingefunden, trat D. von dem Kaufvertrage einseitig zurück und untersagte H. u. M. die Ausantwortung der Wolle an S., welche dieselbe deswegen retinirten und den ihnen am 20. Mai 1866 von S. angebotenen Kaufpreis nur als Depositum annahmen. S. klagte deshalb gegen D. und H. u. M. auf Herausgabe der Wolle, resp. Einwilligung in die Herausgabe gegen Empfang des Kaufpreises. Er behauptete, daß nach Berliner Wollmarktsusance durch Ablieferung der Wolle mit der Anweisung an die darin bezeichneten Spediteure die Uebergabe an den Käufer vollzogen, daß diese Ablieferung auch ausdrücklich für seine, des Klägers, Rechnung erfolgt sei. Er will H. u. M. vorher mit deren Zustimmung beauftragt haben, Wolle von den Producenten für seine Rechnung anzunehmen, und am 19. und 20. Mai 1866 in deren Geschäftslocale mehrfach zur Zahlung des Kaufpreises bereit gewesen sein. —

Die Verklagten beantragten Abweisung des Klägers. Sie bestritten die von ihm in Betreff der Uebergabe aufgestellten Behauptungen. Dieselbe sei vielmehr gesetzlich und usancemäßig von der Verwiegung und Rückgabe der Anweisung (des Wiegescheins) an den Käufer abhängig. D. will auch besonders mit dem Kläger verabredet haben, daß die Uebergabe und Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug am 19. Mai 1866 bei H. u. M., wo sich Kläger spätestens Nachmittags 5 Uhr zu erscheinen verpflichtet, stattfinden solle. Kläger sei jedoch, wiewohl D. oder dessen mit Kenntniß seines augenblicklichen Aufenthaltes versehenen Leute fortwährend auf ihn in dem Geschäftslocale von H. u. M. gewartet, bis zum 20sten Mittags nicht erschienen. Er, D., sei deshalb zum Rücktritt wohl befugt. Die Mitverklagten H. u. M. bestritten den vom Kläger behaupteten Auftrag und wollen nur versprochen haben, die ihnen vom Kläger zu überreichende Wolle zu spediren. D. habe die Wolle ihrem Buchhalter G. nur zur Verwiegung übergeben. Während derselben sei Kläger erschienen und habe dem anwesenden D. versprochen, Nachmittags 5 Uhr in ihr Geschäftslocal zu kommen und den Kaufpreis nach Maßgabe des durch die Verwiegung festzustellenden Gewichts

Digitized by Google

zu bezahlen. D. habe sich pünktlich um 5 Uhr eingefunden, das Formular, in welches das Resultat der Verwiegung eingetragen worden, zurückempfangen und vergeblich bis Abends 9 Uhr, sowie am folgenden Tage von Morgens 6 Uhr bis Mittags 12 Uhr auf Kläger gewartet. Dann erst habe er das Formular abermals zurückgegeben und über die Wolle anderweit verfügt; um 1 Uhr sei endlich Kläger erschienen und habe nach Mittheilung des Sachverhaltes um 3 Uhr das Kaufgeld deponirt.

Kläger bestritt wiederum die gegnerischen Anführungen. Er will am 19. und 20. Mai sich wiederholt bei H. u. M. erkundigt haben, ob die Wolle verwogen und D. zur Empfangnahme des Preises anwesend sei.

Es wurden Zeugen vernommen über die Abreden der Contrahenten und die näheren Vorgänge bei und nach der Ablieferung und Verwiegung der Wolle. Gleichzeitig wurde ein Gutachten der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft über den Handelsgebrauch hinsichtlich der Uebergabe der Wolle erfordert. Letzteres erging dahin:

Nach Berliner Usance, welche auch im Wollmarkte gelte, stehe die Bestimmung, wer die Abnahme und Verwiegung der gekauften Wolle vorzunehmen habe, dem Käufer der Wolle allein zu. Ablieferungsort und Namen des abnehmenden Spediteurs bezeichne der Käufer durch einen gewöhnlich in der hier gebrauchten Art eingerichteten Schein. Acceptire der Verkäufe diesen Schein ohne Widerspruch, so erkenne er damit die von dem Käufer über die Wolle getroffene Verfügung an, die Uebernahme der gekauften Wolle durch den Spediteur erfolge sonach für Rechnung des Käufers. Dieselbe sei mit Aushändigung der Wolle und des Anweisungsscheins als an den Käufer vollzogen zu erachten, und anderweite Verfügung darüber nur mit Zustimmung des Käufers zulässig. Die spätere Verwiegung, bei welcher gewöhnlich nur der Verkäufer oder ein Vertreter desselben gegenwärtig sei, geschehe nur behufs Feststellung des wirklichen Gewichts gegen das Sollgewicht. Die Rückgabe des Anweisungsscheins an den Käufer, der mit Empfangsschein und etwaigen Vermerken des Spediteurs über schlechten Befund der Waare versehen zu sein pflege, habe keinen anderen Zweck, als den Käufer von dem Gewichtsbefunde und der Empfangnahme der Wolle in Kenntniß zu

Digitized by Google

setzen, um demnach die fernere Regulirung des Kaufgeschäfts ordnen zu können. —

Hiernächst erkannte das Stadtgericht zu Berlin unterm 20. September 1867 auf Erfüllungseide de veritate resp. de ignorantia für Verklagte darüber,

> daß D. mit dem Kläger verabredet, daß die verkaufte Wolle dem Kläger nur gegen sofortige Zahlung des Kaufpreises übergeben werde, und dieser sich dazu noch am 19. Mai 1866 spätestens Nachmittags 5 Uhr in den Geschäftsräumen von H. & M. einzufinden habe, sowie daß D. die streitige Wolle an H. & M. für Rechnung des Klägers nicht abgeliefert habe,

im Schwörungsfalle auf Abweisung des Klägers, im Nichtschwörungsfalle auf Verurtheilung der Verklagten nach dem Klageantrage.

Die Gründe führen aus:

Der wesentliche Streitpunkt bestehe darin, ob eine Uebergabe der verkauften Wolle an den Kläger bereits stattgefunden habe. Nach des letzteren Behauptung sei dieselbe dadurch erfolgt, daß D. die streitige Wolle mit dem von ihm angenommenen Anweisungsschein des Klägers, und zwar für dessen Rechnung, an die mitverklagten Spediteure abgeliefert habe. Daß in dieser Weise im Allgemeinen die Uebergabe habe erfolgen können, sei nicht zu bezweifeln. Da ein Aversum gekauft sei, und nur die Höhe des dafür zu erlegenden Kaufpreises von der vorzunehmenden Verwiegung abhängig gewesen, so habe es der letzteren nicht bedurft, um die Ausscheidung der Species aus der Gattung und den Uebergang von Besitz und Eigenthum zu bewirken*). Die vom Käufer bezeichneten Spediteure hätten als dessen Stellvertreter für denselben in vollkommen verbindlicher Weise in Empfang nehmen können. Es entspreche dieß auch durchaus den allgemeinen Grundsätzen von der Uebertragung des Besitzes und Eigenthums durch Tradition (§ 58 flg., I, 7; § 1, I, 10; § 128 flg., I, 11 allg. Landrechts), welche durch das H.-G.-B. für den Fall einer Vermittelung dieser Uebertragung durch den

*) Uneigentlich redete § 5 der Danziger Getreide-Usancen von einem „Eigenthumsübergang durch Vermessung und Verwiegung" bei ähnlichen Geschäften — s. Busch, Archiv, Bd. III, S. 341. — Indessen hat man dieß bei der neuen Redaction geändert — s. das. Bd. X, S. 124. —

Digitized by Google

Spediteur nicht abgeändert seien (s. Prot. S. 632 flg., 1375 flg.)*). Die Anwendung derselben habe sich nach dem eingegangenen Gutachten des Corporations-Vorstandes der Kaufleute für den Berliner Wollmarkt nur noch näher dahin ausgebildet, daß der Käufer den von ihm gewählten Spediteur durch einen dem Verkäufer zu übergebenden, in bestimmter Weise eingerichteten Schein bezeichne, welcher nachher auch bei der Verwiegung und weiteren Regulirung benutzt werde. Als ein besonderer, abweichendes Recht enthaltender Handelsgebrauch lasse sich diese Gewohnheit nicht auffassen. Dieselbe komme nur als locale Färbung des thatsächlichen Vorgangs der Uebergabe in Betracht und vermöge, zur richtigen Beurtheilung der diesen Rechtsact constituirenden Vorgänge zu dienen, welcher sich abweichend von den obligatorischen Geschäften auch im Handelsverkehr nicht in feste juristische Gestalt zu kleiden pflege, sondern in jedem einzelnen Falle verschieden nüancire. Immer würden demnach auch die besonderen etwa über die Erfüllung des Kaufgeschäfts unter den Contrahenten getroffenen Abreden die Auslegung jener Vorgänge erheblich beeinflussen und unter Umständen den sonst äußerlich als Uebergabe erscheinenden Thatsachen diesen juristischen Charakter entziehen können. Wären insonderheit im vorliegenden Falle der Kläger und D. beim Abschluß des Kaufs darüber einig geworden, daß der Aushändigung der Wolle und des Anweisungsscheins an die darin bezeichneten Spediteure ungeachtet die Uebergabe an den Käufer erst später gegen Zahlung des Kaufpreises erfolgen solle, so würde einem solchen Abkommen die rechtsverbindliche Wirkung nicht mit Grund zu versagen sein. Die Ablieferung der Waare an den Spediteur würde alsdann nicht als für Rechnung des Käufers erfolgt gelten können, weil der Wille des Verkäufers, den Besitz an den Käufer zu übertragen, nicht als vorhanden angenommen werden könnte. Ja, solche Abrede würde auch für die Frage, ob eine Aushändigung der Waare an den Spediteur überhaupt erfolgt sei, oder der Verkäufer die Hand noch nicht von der Waare gelassen habe, nicht ohne Bedeutung sein. In der That sei nun zunächst die von D. behauptete Abrede bis zu einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit durch die vernommenen Zeugen bestätigt, wie näher aus-

*) Vgl. Thöl, H.-R., 4. Ausg., S. 465; Busch, Arch., Bd. II, S. 465.

Digitized by Google

geführt wird. Gleichzeitig gehe aber aus den Zeugenaussagen hervor, daß der Verkäufer die Gewahrsam der Wolle überhaupt vor Ablauf des Zahlungstermins nicht aufgegeben habe. Denn er habe nicht nur selbst an der Verwiegung Theil genommen und sich fast unausgesetzt in den Geschäftsräumen der Spediteure aufgehalten, sondern auch die Wolle durch seine den Transport begleitenden Leute fortwährend bis zum 20. Mai 1866 unter seiner Aufsicht behalten. Es sei auch nicht wahrscheinlich, daß beim Verkauf einer so bedeutenden Quantität Wolle an einen anscheinend unbekannten Käufer der Verkäufer sich durch die vor Zahlung des Kaufpreises erfolgte Uebergabe jeder Sicherheit begeben habe*). Demnach sei den Verklagten der Erfüllungseid über jenen Beweissatz, und zwar, soweit er sich über eigene Handlungen erstrecke, de veritate aufzuerlegen gewesen. Werde durch dessen Ableistung der Beweis vervollständigt, so habe D. das Recht, wegen Versäumung der Zahlungsfrist die Uebergabe zu verweigern und den Vertrag aufzuheben (§ 230, I, 11 a. L.-R.)**). Denn dieser Anfechtungsgrund sei von dem in Art. 354 des H.-G.-B. vorausgesetzten einfachen Erfüllungsverzuge, der nach Art. 356 das. für die Rescission noch die nachträgliche fruchtlose Gewährung einer Purgationsfrist erfordere, wesentlich verschieden. Daß aber Kläger wirklich die festgesetzte Frist versäumt, sei anzunehmen, da er den Beweis des Gegentheils nicht geführt habe, vielmehr alle vier gegnerischerseits benannten Zeugen mehr oder weniger bestimmt die Säumniß des Klägers bekundet hätten. Im Schwörungsfalle sei demnach die Klage hinfällig. — Blieben Verklagte dagegen durch Nichtableistung des Eides beweisfällig, so müsse in dem Hinschaffen der Waare zum Spediteur, der Lagerung und Verwiegung derselben in den dortigen Geschäftsräumen in Verbindung mit der Uebergabe des Anweisungsscheines seitens des D. an H. & M. eine Aushändigung der Wolle an die klägerischen Spediteure, und zwar — gleichviel wie der vorangegangene allgemeine

*) Andere Sicherungsmittel trotz erfolgter Uebergabe setzen die erwähnten alten und neuen Danziger Usancen fest — s. Busch, Archiv, Bd. III, S. 350; Bd. X, S. 130. —

**) § 230 cit. lautet: „Ebenso kann der Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welche er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe verweigern und den Contract aufheben."

Digitized by Google

Speditionsauftrag des Klägers gelautet — für Rechnung des letzteren, gefunden werden. Das Rescissionsrecht aus § 230 cit. sei alsdann erloschen*), und die Verklagten könnten sich nicht länger weigern, durch Ausantwortung der dem Kläger gehörigen Waare gegen Zahlung des deponirten Preises die Verfügungsberechtigung des Klägers thatsächlich anzuerkennen. — Kch.

Art. 355. (356.)

Die Ausübung des dem Käufer in Art. 355 eingeräumten **Wahlrechts** ist von einer **Anzeige** und **Fristbewilligung** in dem Falle nicht abhängig, wenn der Verkäufer bereits erklärt hat, **die Waare überhaupt nicht übergeben zu wollen.****)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 27. Septbr. 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 353; Seuffert, Archiv, Bd. 20, S. 265.)

Nach Art. 355 H.-G.-B. steht dem Käufer, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, ein dreifaches Wahlrecht zu. Im Art. 356 ist nun zwar weiter verordnet, daß derjenige Käufer, welcher statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder von dem Vertrage abgehen will, dieß dem Verkäufer anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dieß zuläßt, noch eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren soll.

Da es jedoch nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, auch demjenigen Käufer, welchem die Uebergabe der Waare bereits ausdrücklich verweigert worden ist, die nochmalige Aufforderung des Verkäufers zur Uebergabe innerhalb einer anderweiten Frist zur Pflicht zu machen, so kann auch die Ausübung des dem Käufer in Art. 355 eingeräumten Wahlrechts von einer Anzeige und Fristbewilligung in dem Falle nicht abhängig sein, wenn der

*) Dieß, sowie die Anwendbarkeit des § 230 cit. überhaupt auf Gegenstände über 50 Thlr ist freilich controvers, s. v. Rönne, Ergänzungen, 5. Ausg. Bd. I, S. 408 flg.

**) Vgl. Busch, Archiv, Bd. I, S. 403, und die Abhdlgn. von Schlomka, Bd. III, S. 275 flg.; Voigtel, Bd. III, S. 323 flg.; Roloff, Bd. VII, S. 58 flg. daselbst. Desgleichen von Hahn, Commentar, Bd. II, S. 280.

Digitized by Google

Verkäufer bereits erklärt hat, die Waare überhaupt nicht übergeben zu wollen.

Art. 356.

Zeitpunkt der Schätzung des Interesses für den Fall, daß bei einem Kaufe mit nicht festbestimmter Lieferungszeit der Käufer wegen Verzuges des Verkäufers statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert*).

Erk. des Stadt-Gerichts in Berlin vom 26. Septbr. 1867. (Original-Beitrag.)

Kläger, der Müllermeister Mrt. behauptet, daß er am 11. April 1867 von dem Verklagten, Kfm. G. B., durch mündlichen Vertrag 6 Wispel guten trockenen Roggen für den verabredeten Preis von 58 Thlr. 15 Sgr. für den Wispel gekauft habe. Bezüglich der Lieferungszeit habe Verklagter erklärt, daß er den Roggen in etwa acht Tagen erwarte; er würde denselben auf der Station Erkner dem Käufer abliefern lassen. Als die Lieferung nach länger als acht Tagen nicht erfolgt sei, will Kläger angefragt, und vom Verklagten die Antwort erhalten haben, daß vom Verkäufer der Roggen anderweit verkauft sei. Am 3. Mai will Kläger den Verklagten nochmals zur Lieferung aufgefort und darauf die Antwort erhalten haben, daß er überhaupt nicht liefern werde. Demnächst behauptet Kläger, daß er von dem Amtmann Schrader zu Alt-Landsberg zum marktgängigen Preise von 67 Thlr. für den Wispel 6 Wispel Roggen angekauft habe und beantragt, den Verklagten zur Zahlung der Differenz mit 50 Thlrn. zu verurtheilen.

Der Verklagte hat hingegen Abweisung des Klägers beantragt.

Das Stadt-Gericht in Berlin wies durch Erkenntniß vom 26. Sept. die Klage zurück; aus folgenden

Gründen:

Auf Grund der Erklärungen des Verklagten in der Klagebeantwortung im Zusammenhang mit dem anerkannten Schreiben des

*) Zu vergleichen Dr. Wolff, der Kaufkontrakt nach den Bestimmungen des allg. d. H.-G.-B.s in Dr. Löhr's Central-Organ, N. F., Bd. 1, S. 205; dagegen Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 3, S. 205 und das Erkenntniß des Appellationsgerichts in Leipzig v. 27. Oktbr. 1864 in Dr. Löhr's Central-Organ, N. F., Bd. 3, S. 94 flg.

Digitized by Google

Käufers vom 22. April d. J. und des Antwortschreibens des Verklagten vom 23. desselben Monats ist als feststehend anzunehmen, daß unter den Parteien ein Kaufgeschäft, wie solches in der Klage behauptet wurde, zum Abschluß gekommen ist.

Unbedingt liegt dann, worüber auch die Parteien nicht streitig sind, ein Kauf über marktgängige Waare nach Handelsrecht mit unbestimmter Lieferungsfrist vor (Busch, Archiv, Bd. IV, S. 157), und ist dem Käufer darin beizutreten, daß er bei einer ausdrücklich kundgegebenen Erklärung des Verklagten, daß er den Vertrag nicht erfüllen werde, demselben keine weitere Erfüllungsfrist zur Beseitigung der Folgen des Verzuges zu stellen hatte (v. Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. zu Art. 356, § 3, B. II, S. 280; Erk. des Ob.-Trib. vom 27. Septbr. 1866; Striethorst, Archiv, Bd. 63, S. 353).*) Mit der erklärten Weigerung hat die abgelaufene unbestimmte Frist einen bestimmten Endpunkt gewonnen, der Verkäufer befindet sich im Verzuge. Gibt nun das Gesetz dem Käufer die Wahl, ob er statt der Erfüllung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen wolle; so ist ein solcher Anspruch aus dem Verzuge der Verkäufers gerechtfertigt. Wenn nun die ältere und in der Gerichtspraxis anerkannte Rechtssprechung des Obertribunals (vgl. die in der Anmerkung Bd. 60, S. 238 des Archivs von Striethorst angeführten Entscheidungen)**) stets den Grundsatz festhielt, daß ein Fortspekuliren des einen Theils zum Nachtheil des Anderen unstatthaft sei, so hat dieser Grundsatz, wiewohl jetzt auch auf volle Erfüllung eines Lieferungsgeschäftes geklagt werden kann, gegen die sonst nur statthafte Differenzklage (Striethorst, Archiv, Bd. 60, S. 262; Busch, Archiv, Bd. IV, S. 163) doch auch in dem Art. 354 flg. des H.-G.-B.s Ausdruck gefunden, wie namentlich im Art. 357, Abs. 2. Wendet man dieß auf den vorliegenden Fall des Verzuges des Verkäufers an, so ergibt sich, daß der Käufer bei Aufmachung seiner Schadensanrechnung durch erfolgten Ankauf der zu liefernden Waaren nicht Ankauf zu einer beliebigen späteren Zeit als Grundlage nehmen darf, denn der verzögerte Ankauf ist nicht mehr Folge des Verzuges des Verkäufers, sondern lag lediglich im Willen des Käufers; ein späterer Ankauf kann nicht mehr als ein Ankauf in Ersatz des vom zögernden

*) Vgl. S. 317 dieses Bandes und die Anmerkung daselbst.

**) Siehe auch die Anmerkung Bd. 4, S. 162 dieses Archives.

Digitized by Google

Verkäufer nicht erfüllten Vertrages angesehen werden, er stellt vielmehr ein Fortspekuliren auf Rechnung des Verkäufers dar. Als Schadensersatz konnte der Käufer nur die Differenz des Ankaufspreises der marktgängigen Waare unmittelbar nach festgestelltem Verzuge des Verkäufers beanspruchen, zu welcher er vielleicht auch Ankäufe gemacht hat; nicht aber die Differenz bei später erfolgter Preissteigerung, zu welcher der Geschäftsbetrieb etwa auch Ankäufe erheischte; denn wollte man des Gegentheil annehmen, so würde der Käufer bis nach Ablauf der Verjährungsfrist gegen den Verkäufer fortzuspekuliren in der Lage sein. In dem Schreiben vom 23. April d. J. gibt der Verklagte in den Worten:

„weshalb ich gern damit einverstanden, wenn sie anderweit sich 6 Wispel beschaffen, zumal Sie jetzt noch billig ankämen"

bestimmt zu erkennen, daß er den Vertrag als Verkäufer nicht erfüllen wolle. Hiermit ist der Verzug des Verklagten festgestellt, zu deren Beseitigung, wie erwähnt, Käufer eine besondere Frist nicht weiter zu stellen hatte. Da nun der Käufer diesen Brief laut Poststempel am 24. April d. J. erhalten hat, so mußte er den seiner Berechnung zu Grunde zu legenden Ankauf in den nächsten Tagen machen.

Mag auch der Verklagte auf erneute Anfrage vom 3. Mai d. J. nochmals die Erfüllung abgelehnt haben, so kann hierdurch in dem einmal feststehenden Sachverhalte nichts geändert werden, und ist der etwa am 4. Mai erfolgte Ankauf von 6 Wispel Roggen nicht als ein Ersatzankauf für die unterbliebene vertragsmäßige Lieferung anzusehen, weshalb derselbe auch für den Schadensersatzanspruch unerheblich ist.

Ein Rechtsmittel wurde gegen dieses Erkenntniß nicht eingelegt.

h.

Art. 356. 357.

a. Die Abrede der sofortigen Lieferung ist namentlich wenn die Lieferung von einem anderen Orte her erfolgen soll, als eine festbestimmte Zeit im Sinne des Art. 357 nicht anzusehen.

b. Die nach Art. 356 dem säumigen Verkäufer zu gewährende angemessene Frist muß eine bestimmte sein, dergestalt, daß sie sich auf einen Kalendertag berechnen läßt; mit der Aufforde-

Digitized by Google

rung des Käufers an den Verkäufer, „baldigst" zu liefern, ist dem Art. 356 nicht genügt.

Erk. der IV. Proz.-Deput. des Stadt-Gerichts in Berlin vom 24. Mai 1867. (Original-Beitrag.)

Der Kläger forderte vom Verklagten 182 Thlr. für gelieferte Spiegelgläser. Der Verklagte wandte ein, daß er außer den gelieferten Gläsern gleichzeitig noch andere Gläser zur sofortigen Lieferung bestellt habe. Diese ferneren Gläser seien nicht geliefert, und da ihm dadurch ein Schaden von 15 Thlrn. entstanden sei, so müsse sich Kläger einen Abzug von 15 Thlrn. gefallen lassen.

Das Stadt-Gericht in Berlin verwarf im Erkenntnisse vom 24. Mai 1867 diese Einrede und verurtheilte den Verklagten aus folgenden

Gründen:

Wenn auch aus dem Schriftstück vom 18. April 1866 als erwiesen angenommen wird, daß der Verklagte nicht nur die ihm gelieferten, sondern auch die in der Klagebeantwortung bezeichneten Spiegelgläser beim Kläger bestellt habe, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß in der Bestellung, wie solche der Verklagte behauptet, zur sofortigen Lieferung noch nicht dem Art. 357 H.-G.-B.: Lieferung „zu einer bestimmten Zeit oder binnen einer bestimmten Frist" genügt ist. Der Fall des Art. 357 H.-G.-B. liegt vielmehr wie dieß in Busch, Archiv, Bd. IV, S. 159 flg. ausgeführt ist, nur dann vor, wenn die Zeit der Erfüllung (wann, oder von wann ab binnen bestimmter Frist) in sich selbst ohne Hinzutritt eines Ereignisses bereits bei Abschluß des Vertrages dergestalt feststeht, daß über den Zeitpunkt der Fälligkeit jeder Zweifel und jede Schwankung ausgeschlossen ist. Wie bestimmt auch die Abrede der sofortigen Lieferung erscheinen mag, so muß bei derselben doch, und dieß umsomehr, wenn die Parteien an verschiedenen Orten wohnen, der Art. 356 H.-G.-B. als Platz greifend angenommen werden.

Hieraus folgt nun, daß der Verklagte, wenn er wegen des Verzuges des Klägers statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen wollte, demselben noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten (purgatio morae) gewähren mußte.

Digitized by Google

Diese Fristbestimmung muß aber, um die beiderseitigen Rechte und Pflichten außer Zweifel zu stellen, eine feste sein, dergestalt, daß unter den Parteien kein fernerer Streit darüber möglich ist, ob noch zur Aufrechterhaltung des Vertrages geliefert werden könne oder nicht; es muß sich die Frist auf einen bestimmten Kalendertag berechnen.

Wenn nun Verklagter am 13. Mai 1866 dem Kläger schrieb:

„und wollte Sie hiermit ergebenst ersuchen, mir den Auftrag nun baldigst zu übersenden, oder denselben als annullirt anzusehen"

so liegt hierin keine Fristbestimmung im Sinne des Art. 356 H.-G.-Buch, der erhobene Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist deshalb unbegründet.

Ein Rechtsmittel wurde gegen dieses Erkenntniß nicht eingelegt.

h.

Art. 357.

Die Unverbindlichkeit eines **zum Spiel gegebenen Darlehns** tritt nur ein, wenn es **ausdrücklich** zu diesem Zwecke gegeben ist*).

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 12. Februar 1867. (Striethorst, Arch. f. Rechtsfälle, Bd. 65, S. 305.)

Daß das Gesetz, wie Implorant ausführt, in den §§ 577. 579. 581 a. L.-R., Thl. I, Tit. 11**) gleichmäßig den Grundsatz zur Geltung bringt, daß wegen beim Spiel gegebenen Credits keine Klage stattfinde, kann anerkannt werden. Hiermit ist aber die dem § 581 vom Appellationsrichter gegebene Auslegung vollkommen vereinbar. Die §§ 577 und 579, welche eine Klage wegen Spiel-

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. X, S. 369 und die dort angeführten Stellen.

**) Das a. L.-R. verordnet Thl. I, Tit. 11, § 577: Wegen Spielschulden findet keine gerichtliche Klage statt. — § 578. Was aber Jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hat, kann er nicht zurückfordern. — § 579. Auch wegen Wetten ist eine gerichtliche Klage nur alsdann zulässig, wenn die Wette sogleich baar gesetzt, und entweder gerichtlich, oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden. — § 580. Wetten sind ungültig, wenn ein Theil von der Gewißheit des Gegenstandes der Wette unterrichtet war, und dieß dem Anderen nicht angezeigt hat. — § 581. Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zur Zahlung des dabei gemachten Verlustes verlangt und geliehen worden, können nicht gerichtlich eingeklagt werden.

Digitized by Google

schulden überhaupt nicht, und wegen Wetten nur, wenn der Vertrag gerichtlich oder bei einem Dritten niedergelegt ist, stattfinden lassen, betreffen das durch das Spiel resp. die Wette unter den Contrahenten erzeugte Rechtsverhältniß direct. Es genügte daher, daß das Gesetz diese Rechtsgeschäfte für unbedingt unklagbar erklärte, beziehungsweise nur unter bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen eine Klage aus denselben zuließ. Der § 581 behandelt dagegen einen nach der allgemeinen Rechtstheorie an sich völlig rechtsbeständigen, und als solchen auch im a. L.-R. anerkannten Vertrag, das Darlehn. Die ausnahmsweise Unklagbarkeit dieses Vertrages mußte es daher nicht blos von besonderen thatsächlichen Voraussetzungen abhängig machen, sondern auch Fürsorge treffen, daß dem Darlehngeber sein Rückforderungsrecht nur dann verkümmert werde, wenn ihm bei der Hingabe des Darlehns über den die Unkündbarkeit bedingenden Zweck desselben (Verwendung zum Spiel oder zur Wette) kein Zweifel bleiben konnte. Jene Absicht des Gesetzes würde aber in Fällen der hier vorliegenden Art (Spiel) nicht erreicht worden sein, wenn es die Unverbindlichkeit eines solchen Darlehnsvertrages ohne das Erforderniß ausdrücklicher, den Zweck des Darlehns kundgebender Erklärungen angeordnet hätte; da daraus allein, daß ein Darlehn bei Gelegenheit und selbst während eines Spiels seitens eines der Mitglieder erbeten wird, nicht mit Nothwendigkeit folgt, daß dasselbe zur Fortsetzung des Spiels dienen solle, der Darlehnsucher vielmehr ebensowohl beabsichtigen kann, sich nach dem im Spiele erlittenen Verluste seiner Baarschaft durch das Darlehn wieder in Besitz des ihm zur Bestreitung anderer Ausgaben nöthigen Geldes zu setzen; während der Darlehnsgeber sich durch das Vorschützen einer solchen Möglichkeit gegen die Anwendbarkeit des § 581 dann nicht schützen kann, wenn der Darlehnssucher ausdrücklich erklärt hat, das verlangte Geld zum Spielen oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes verwenden zu wollen.

Endlich würde man aber auch zu der Interpretation des Imploranten nur dadurch gelangen können, daß man den allgemein gültigen Auslegungsregeln zuwider den in dem § 581 enthaltenen Ausdruck „ausdrücklich“ für bedeutungslos erachtete.

Digitized by Google

Art. 357, Abs. 3.

Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines über Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, mit festbestimmter Lieferzeit geschlossenen Vertrages; Anspruch auf Preisdifferenz und ausweislich höheren Schaden; Substanziirung dieses letzteren Anspruches*).

Erk. des Stadt-Gerichts in Berlin v. 15. Juni 1866 und des Kammer-Gerichts daselbst vom 16. Februar 1867. (Original-Beitrag.)

Kläger erhob eine Kaufgelderforderung für gelieferte Garne gegen den Verklagten. Dieser machte compensando et reconveniendo auf Grund des Art. 357 wegen nicht erfolgter Lieferung einer anderen Garnlieferung einen Gegenanspruch geltend.

Bezüglich dieses Gegenanspruches sagt das Stadt-Gericht in Berlin in seinem Erkenntnisse vom 15. Juni 1866:

„Neben der Differenz zwischen dem verabredeten und dem zur Zeit der geschuldeten Lieferung geltenden Marktpreise kann nicht der entgangene Gewinn des Wiederverkäufers gefordert werden, selbst wenn er annehmen will, daß Verklagter im Detailverkauf Gelegenheit hatte, zu einen höheren, als den für die Grossisten berechneten Marktpreise zu verkaufen. Denn es ist Schuld des Verklagten, daß er sich die Waare nicht zum Marktpreise verschafft hat. Er würde daher den ihm beim Detailverkaufe entgangenen Gewinn nur sich selbst zuzuschreiben haben. Der Vorbehalt des Nachweises eines höheren Schadens im Art. 357 H.-G.-B. ist daher nur so zu verstehen, daß der Käufer, welcher sich mit der Differenz nicht begnügen will, von derselben abstehen und seinen Schaden, selbst wenn er höher sein sollte, anderweitig nachweisen darf. Keinesweges darf aber beides zu gleicher Zeit geschehen."

Das Kammer-Gericht sagt dagegen in seinem Erkenntnisse vom 16. Februar 1867:

„Dem ersten Richter ist zwar in der Annahme nicht beizutreten,

---

*) Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 3, S. 203 flg. Haftung für die Preisveränderung, Zeitpunkt der Schätzung.

Digitized by Google

daß der Käufer, welcher sich mit der hier nach Art. 357, Abs. 3 des H.-G.-B.s eingeräumten Befugniß:

„die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise der Waare zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung zu fordern"

nicht begnügen will, vielmehr einen erweislich höheren Schaden geltend machen will, von der ersten Anforderung gänzlich abstrahiren und den höheren Schaden anderweitig geltend machen müsse."

Der Art. 357 a. a. O. räumt vielmehr dem Käufer unbeschadet des Anspruches auf die Preisdifferenz unzweifelhaft die Befugniß ein, den angeblich erlittenen höheren Schaden selbstständig geltend zu machen und besonders nachzuweisen.

Mißlingt ihm der Nachweis eines höheren Schadens, so bleibt der Anspruch auf die Preisdifferenz immerhin bestehen.

Das erste Erkenntniß war jedoch aufrecht zu erhalten, da die Art und Weise, in welcher Beklagter den angeblich entgangenen Gewinn aus der unterbliebenen Lieferung zu liquidiren versucht, für ungeeignet und unsubstanziirt zu erachten ist.

Es kann die Behauptung des Beklagten allein:

„daß der Marktpreis des Garnes seit dem März bis Ende Dezember 1863 um 3 Thlr. pro Pfund über die dem Beklagten vom ersten Richter zugesprochene Entschädigung von 79 Thlrn. hinaus gestiegen sei"

zur Begründung dieses Anspruches nicht ausreichen.

Beklagter hätte vielmehr mit Rücksicht auf die Zusicherungen des Klägers den Abschluß von anderweiten Verträgen wegen des Garnes mit anderen Personen, oder die Gelegenheit, das Garn zu höheren als den Marktpreisen zu verkaufen, behaupten, sowie unter Beweis stellen müssen, daß und aus welchen Gründen er sich zu dessen anderweitiger Beschaffung zum Marktpreise außer Stande gesehen habe. In dieser Beziehung gebricht es dem Anspruche an der nöthigen Substanziirung. h.

Art. 359. 317.

a. Ein schriftlicher Handelsvertrag kann durch einen spätern mündlichen ergänzt, abgeändert und auch aufgehoben werden. Art. 317.

Digitized by Google

b. Der Verkäufer ist, wenn ihm die erfolgte Theillieferung nicht dem Vertrage gemäß vollständig baar bezahlt ist, befugt, die ferneren Lieferungen zu unterlassen.

c. Der Käufer, welcher den von dem Verkäufer erfüllten Theil des Vertrages seinerseits nicht erfüllt, hat keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen unterbleibender weiterer Erfüllung seitens des Verkäufers und kann auch nicht auf Leistung der rückständigen Lieferungen bestehen.

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 18. Juli 1867. (Original-Beitrag.)

Die Klägerin offerirte mittels Schreibens vom 11. Januar 1865 dem Verklagten 5000 Tons Londonderry-Nußkohlen zum Preise von 5 s. 9 d. mit $1^1/_4$ Procent Discont, Rimesse bei Empfang, mit dem Vorbehalte, daß ihr Freiheit gelassen werde, zur couranten Fracht Schiffe anzunehmen. Der Verklagte erwiderte unterm 16. ej., daß er das offerirte Quantum, dessen Verschiffung im April beginnen könne, zu dem angegebenen Preise mit $2^1/_2$ Procent Abzug acceptire, und die Klägerin bestätigte dieß Geschäft am 19. ej. Die Klägerin hat dann auch zu diesem Preise mit dem Schiffe Albert 281 Tons am 23. Mai 1865 gesandt und auf den Rechnungsbetrag von 78 L. 18 s. 9 d. vom Verklagten 50 L. empfangen. Außerdem übersandte die Klägerin im Juli 1865 mit dem Schiffe Theodor dem Verklagten andere Kohlen, für welche 93 L. 6 s. 6 d. zu zahlen sind. Beide Theile sind einig, daß diese Sendung nicht auf das erwähnte und auf das weiterhin zur Sprache kommende Geschäft erfolgte. Die Klägerin fordert nunmehr die rückständigen Kaufpreise nebst Zinsen ein.

Der Verklagte glaubt, daß ihm die Klägerin wegen uncontractlichen Verhaltens zur Entschädigung verpflichtet ist. Er kam nämlich im Februar 1865 mit der Klägerin über eine zweite Kohlenlieferung überein, indem er 3000 Tons North-Hetton- oder Londonderry-Nußkohlen für 5 s. 9 d. mit $2^1/_2$ Procent Abzug kaufte, jedoch der Klägerin die Wahl ließ, statt dessen Lambton-Nußkohlen zum Preise von 6 s. weniger 5 Procent zu liefern. Da die Klägerin keine Kohlen schickte, erinnerte der Verklagte am 30. April 1865 mit dem

Digitized by Google

Ersuchen, sofort 1000 Tons zu senden. Die Klägerin entschuldigte am 5. Mai die Zögerung damit, daß sie ein Weichen der Frachten erwartete; sie stellte indeß 1000 Tons in Aussicht. In seinem Antwortschreiben consignirte der Verklagte der Klägerin das Schiff Theodor zur Befrachtung und erbot sich, noch andere Schiffe zu chartern. Demnächst fand am 23. Mai die Verladung der in der Klage erwähnten 281 Tons statt. Am 27. ej. und am 26. Juni erinnerte der Verklagte an weitere Sendungen, im letztern Briefe mit dem Bemerken, daß er zum August Kohlen zu haben wünsche. Statt dem zu entsprechen, erfolgte die zweite in der Klage bezeichnete Abladung mit dem Schiffe Theodor. Sonstige Lieferungen sind nicht bewirkt. In einem Schreiben vom 3. August setzte der Verklagte die Klägerin in Kenntniß, daß er die Lieferung des ganzen gekauften Quantums verlange, daß er vorher nicht Zahlung leisten werde, und daß er bis zur Lieferung die rückständigen Beträge verzinsen wolle.

Der Verklagte meint, in Folge des angeblichen Verzuges der Klägerin, zur Zurückbehaltung des Kaufpreises berechtigt zu sein. Er behauptet sodann, um seinen Bedarf zu decken, sei er genöthigt gewesen, Kohlen der contrahirten Beschaffenheit anderweit zu kaufen und dafür in Folge der eingetretenen Preissteigerungen $^3/_4$ bis 1 s. mehr zu zahlen. Er will etwa 7400 Tons zu diesen Preisen angekauft haben. Er fordert wegen verweigerter Lieferung der gekauften Kohlen von der Klägerin Entschädigung und berechnet diese von 7719 Tons zu 9 d. auf 289 L. 9. s. 3 d. Davon rechnet er das Guthaben der Klägerin ab und beansprucht wiederklagend den überschießenden Betrag. Eventuell verlangt er, daß die Klägerin verurtheilt werde, sofort 7719 Tons Kohlen zu liefern und wegen verzögerter Lieferung Entschädigung zu gewähren.

Durch das Erkenntniß des kgl. See- und Handels-Gerichts zu Stettin vom 11. Juli 1866 ist der Verklagte jedoch nach dem Klageantrage verurtheilt und mit seinen Ansprüchen abgewiesen worden, und dieses Erkenntniß ist unter Abänderung der wesentlich nach den Anträgen des Verklagten am 12. Januar 1867 ergangenen Entscheidung des kgl. Appellations-Gerichts zu Stettin von dem kgl. Ober-Tribunal unterm 18. Juli 1867 wieder hergestellt aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

Die beiden Vorderrichter sind darüber einig, daß Verklagter mit der Zahlung des Ueberrestes des Preises für die Kohlenladung des Schiffes Albert sich im Verzuge befand. Der erste Richter hält ihn deßhalb zur Geltendmachung des von ihm erhobenen, auch thatsächlich nicht begründeten Schadensanspruches nicht befugt, während der zweite, — obwohl er ausführt, Verklagter hätte von dem Lieferungsgeschäfte einseitig nicht vor Beendigung der Schifffahrtsperiode des Jahres 1865 zurücktreten können, — doch die Klägerin zur Entschädigung desselben verpflichtet erachtet, weil Klägerin gemäß Art. 359 des H.-G.-B., welcher, da es für den vorliegenden Fall an anderweitigen Vorschriften mangele, in extensiver Weise anzuwenden wäre, das Rücktrittsrecht bei dem Verzuge des Verklagten rücksichtlich der Zahlung des Kaufgeldes für die empfangene Theillieferung nur betreffs der per Albert abgeladenen Kohlen, nicht aber bezüglich der noch nicht bewirkten künftigen Lieferungen hätte ausüben dürfen.

Hierin läßt sich dem zweiten Richter ebensowenig beitreten, wie in seiner Auffassung über die Ungültigkeit der zwischen den Parteien streitig gebliebenen Bestimmungen des mündlichen Vertrages vom Februar 1865 als Nebenabrede neben einem schriftlichen Vertrage.

Darüber sind die Parteien einig, daß der gegenwärtige Proceß nach preußischem Rechte zu entscheiden ist. Keine derselben recurrirt auf das englische Recht, und es ist nirgends behauptet, geschweige denn nachgewiesen, daß etwaige besondere Sanctionen desselben ein Abweichen von dem preußischen Rechte im vorliegenden Falle rechtfertigten oder bedingten.

Der durch Correspondenz im Januar 1865 zu Stande gekommene Kaufvertrag über 5000 Tons Kohlen hat durch den im folgenden Monat zu Stettin abgeschlossenen Vertrag seine Bestätigung und nähere Präcisirung erhalten, und durch letztern wurden die weitern 3000 Tons Kohlen von der Klägerin dem Verklagten verkauft. Die Anwendbarkeit der preußischen Gesetze auf diesen im Inlande eingegangenen Vertrag unterliegt keinem Bedenken und ebensowenig die auf den Vertrag aus dem Januar.

Der Appellationsrichter, obgleich er meint, das Resultat bleibe sich gleich, wenn man auch das Gegentheil annehme, betrachtet das Januar- und das Februar-Geschäft als ein Ganzes und hält mit Beziehung auf den durch den Art. 317 des H.-G.-B. nicht berührten

Digitized by Google

§ 128, I, 5 a. L.-R. als mündliche Nebenabrede neben einem schriftlichen Vertrage es für ungültig, daß nach Angabe des Verklagten im Februar mündlich stipulirt wäre,

> es sollten beim Beginn der Schifffahrt mindestens 1000 bis 2000 Tons Kohlen abgeladen werden,

und daß, wie Klägerin behauptet, ihr vorgeschrieben worden,

> sie dürfe nicht mehr als 10 L. per Keel an Fracht zahlen.

So gestaltet sich indeß die Sache nicht. Der Art. 317 des H.-G.-B. besagt:

> Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt.

Darnach ist es vollkommen zulässig, bei Handelsgeschäften, und ein solches liegt vor, einen bestehenden schriftlichen Vertrag durch einen spätern mündlichen zu ergänzen oder auch abzuändern und aufzuheben. Hierzu kommt, daß Verklagter in seinem Schreiben vom 16. Januar rücksichtlich der 5000 Tons erklärt hatte:

> „die Verschiffung kann im April beginnen, worüber ich Ihnen noch Näheres mittheilen werde."

Es ist also nicht abzusehen, wie nach den Principien des Handelsgesetzbuches die Parteien behindert gewesen wären, die Modalitäten der Verschiffung durch mündlichen Vertrag genauer mit voller rechtlicher Wirkung zu regeln, sowie denn auch keine derselben eine Ungültigkeit des betreffenden Theils des Vertrages behauptet hat. Der Streit unter ihnen bezieht sich vielmehr lediglich auf die factische Frage, ob die betreffenden Verabredungen stattgefunden haben oder nicht.

Von dem Verkaufe der unter andern Bedingungen, als die früheren, an den Verklagten veräußerten 3000 Tons Kohlen wird in der Correspondenz vom Januar gar nichts erwähnt, so daß dieser Verkauf ein neues Geschäft darstellt, welches nur mündlich abgeschlossen wurde. Der gedachte mündliche Vertrag äußerte indeß nach den erwähnten Anführungen der Parteien auch eine Wirkung auf den durch Correspondenz erfolgten Verkauf der 5000 Tons, da für das gesammte Kohlen-Quantum von 8000 Tons gemeinschaftliche Anordnungen wegen der Verladung getroffen wurden, und inso-

Digitized by Google

fern ist allerdings ein Zusammenhang zwischen den beiden Verkäufen von Kohlen vorhanden.

Kann nun die Behauptung des Verklagten, auf die es zunächst ankommt, — daß stipulirt worden, es müßten beim Beginn der Schifffahrt mindestens 1000 oder 2000 Tons abgeladen werden — nicht als ungültig verworfen werden, so fällt sie doch nicht in das Gewicht, weil Verklagter den Beweis für ihre Richtigkeit nicht erbracht hat.

(Nach Beurtheilung der hierüber stattgehabten Beweisaufnahme heißt es weiter:)

In seinem Schreiben vom 30. April ersucht denn auch Verklagter die Klägerin, von den verkauften Kohlen sofort 1000 Tons auf den Weg zu bringen, mit dem Bemerken, er habe dem Mitinhaber der klagenden Handlung Cohn noch besonders gesagt, daß er bei Eröffnung der Saison 2000 Tons haben müsse; er hat aber weder hier noch in den unmittelbar folgenden Schreiben, obgleich die Schifffahrt am 1. Mai eröffnet sein soll, behauptet, daß Klägerin durch Nichtlieferung von 1000 Tons in diesem Monat den Contract gebrochen hätte, und noch weniger zu erkennen gegeben, daß er deßhalb Rechte gegen sie geltend machen oder sogar vom Vertrage zurücktreten wolle. Der auf die 5000 Tons bezüglichen Aeußerung in dem Schreiben vom 16. Januar, die Verschiffung könne im April beginnen, ist der Effect einer kategorischen Vorschrift nicht beizumessen. Außerdem ergibt sich aus den Auslassungen der Parteien nur, daß nach mündlicher Vereinbarung vom Februar die Verschiffung der 8000 Tons von der Klägerin successive während der Saison des gedachten Jahres zu bewirken war, und Verklagter, wenngleich er meint, Niemand habe den eingetretenen milden Winter vorhersehen können, bestreitet nicht, daß die Schifffahrt im Jahre 1865 erst im December zu Ende ging.

Anlangend die Mora des Verklagten, so verliert dadurch, daß derselbe auch jetzt das Restkaufgeld für die Ladung des Albert nicht bezahlt hat, die Frage, ob ihm eine usancemäßige Creditfrist zu Statten kam, noch nicht ihre Bedeutung, vielmehr bleibt es von Wichtigkeit, ob Verklagter zu der Zeit, als er den Rest des Kaufgeldes wegen eines der Klägerin zur Last fallenden Verzuges retiniren wollte, selbst im Verzuge war, und er dadurch der Klägerin gerechten

Digitized by Google

Grund gab, die ferneren Kohlenlieferungen zu verweigern. Den beiden Vorderrichtern ist aber darin beizutreten, daß Verklagter sich auf eine solche Creditfrist nicht berufen kann.

Bei der Offerte vom 11. Januar bot Klägerin dem Verklagten „nochmals 5000 Tons Kohlen zu 5 s. 9 d. per Ton mit $1^1/_4$ Procent Discont, Rimesse bei Empfang des Connossements" an, und Verklagter acceptirte unter dem 16. ej. das offerirte Quantum zum angestellten Preise von 5 s. 9 d. mit $2^1/_2$ Procent Abzug, womit Klägerin sich am 19. ej. einverstanden erklärte. Darnach ist wohl zu Gunsten des Verklagten der Discont von $1^1/_4$ Procent auf $2^1/_2$ Procent erhöht worden; dagegen muß die Bedingung wegen Zahlung der Rimesse von ihm als acceptirt gelten. Nach dem Willen der Contrahenten, auf dessen Erforschung es gemäß Art. 278 des H.-G.-B. hauptsächlich ankommt, kann Klägerin nicht beabsichtigt haben, den Verklagten noch weiter zu begünstigen, wie durch Gewährung eines größern Disconts, und Verklagter hat wegen der Zahlungszeit gegen die Proposition der Klägerin nichts eingewendet und einen Credit nicht verlangt. Diesem entgegen kann sich Verklagter nicht darauf berufen, daß Klägerin in dem Schreiben vom 23. Mai erwähnt, sie erwarte von seiner Güte umgehend Rimesse. Denn hierin liegt weiter nichts als eine in höflicher Form ausgedrückte Aufforderung an den Verklagten, die Rimesse baldigst einzusenden. In seinem Antwortschreiben versprach auch Verklagter unter dem 27. ej. der Klägerin, den Betrag „diese Tage" zu remittiren, und bei Einsendung der Abschlagszahlung von 50 L. am 26. Juni fügte er hinzu: „Rest erhalten Sie nächstens." In dem Schreiben vom 3. August, in welchem er behauptete, er würde der Klägerin bereits Rimesse pünktlich gemacht haben, wenn diese ihren Verpflichtungen auch nur annähernd nachgekommen wäre, erklärte er sich ferner bereit, die Beträge von den beiden Schiffen Albert und Theodor bis dahin zu verzinsen, wo Klägerin ihren Contract erfüllt habe. Zu einer solchen Verzinsung hätte aber Verklagter, falls ihm eine dreimonatliche Creditfrist zu Statten kam, keine Veranlassung gehabt.

Daß auch bei Kohlenkäufen der vorliegenden Art der Discont als eine für Baarzahlungen gewährte Preisermäßigung stattfindet, folgt aus der vom Verklagten überreichten Bescheinigung der Kaufleute J. und W. d. d. Sunderland den 21. April 1866, in welcher

Digitized by Google

steht, der Kohlenpreis sei jetzt sogar auf 7 s. 6 d. weniger $2^1/_2$ Procent für comtante Zahlung erhöht. Es kommt indessen weder auf die allgemeine Bedeutung des Wortes Discont noch auf Alles das an, was Verklagter darüber vorträgt, daß an Stelle eines früher gewährten Mehrgewichtes ein Preiserlaß getreten wäre, noch darauf, daß das Wort less in der Factura „weniger" bedeuten soll, da eine bestimmte Einigung zwischen den Parteien, daß Verklagter bei Empfang des Connossements Rimesse machen sollte, als erwiesen zu erachten ist.

Ungeachtet des festgestellten Verzuges des Verklagten, und wiewohl anerkannt wird, der Art. 359 habe speciell nur die Art. 354. 355 und 357 des H.-G.-B. im Auge, von denen streng genommen keiner vorliege, gelangt der zweite Richter auf Grund desselben doch dahin, daß Klägerin lediglich ein Rücktrittsrecht betreffs der per Albert abgeladenen Kohlen und nicht in Hinsicht der nicht bewirkten künftigen Lieferungen besessen. — Der Art. 359 bestimmt:

> Wenn in den Fällen der Art. 354. 355 und 357 sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Contrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so kann das Abgehen des einen Contrahenten von dem Vertrage nur in Betreff des von dem andern Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages erfolgen.

Die allegirten Artikel verleihen dem Verkäufer resp. dem Käufer unter gewissen Voraussetzungen in Fällen, wo die Waare noch nicht übergeben und der Käufer mit Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, beziehungsweise, wo der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, wobei der Art. 357 den nicht vorliegenden Fall behandelt, daß bedungen worden, die Waare solle genau zu einer fest bestimmten Frist geliefert werden. Es war die Frage entstanden, ob und wie weit die gedachte Befugniß bestehen bleibt, wenn der andere Contrahent zwar nicht mit der ganzen Erfüllung, wohl aber mit einem Theile derselben in mora versirt. Diese Frage wird, sobald die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, durch den Art. 359 dahin entschieden, daß ein Abgehen von dem Vertrage lediglich betreffs des von dem andern Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages

Digitized by Google

Platz greift. Wäre nun wirklich die Erfüllung des über 8000 Tons Kohlen geschlossenen Verkaufs und die Zahlung des per Ton festgesetzten Kaufpreises als etwas bei beiden Parteien Theilbares anzusehen, so bildet doch die Kohlensendung per Albert ein Ganzes, und es stand dem Verklagten nicht frei, nur einen beliebigen Theil dieser Ladung zu bezahlen und den übrigen Theil nicht. Unter allen Umständen hätte Verklagter aber doch ausschließlich bei einem Kohlenquantum, dessen Preis der Abschlagszahlung von 50 L. gleichkam, dem Vertrage Genüge geleistet, und niemals konnte die Vorschrift des Art. 359 weiter führen, als daß Klägerin den Vertrag nicht bei einer solchen Quantität Kohlen aufrufen durfte, was sie auch nicht gethan hat. Sie verlangt Zahlung des ganzen Preises für die Ladung des Albert, die ja auch der Verklagte nicht zurückgeben will. Wenn sie aber rücksichtlich der bisher nicht verladenen 7719 Tons wegen des Verzuges des Verklagten von dem Vertrage zurücktreten will, so ist ihr dabei jener Artikel nicht entgegenzuhalten. Denn diese Kohlen hat ja Verklagter nicht bezahlt, und der Rücktritt betrifft eben den vom Verklagten nicht erfüllten Theil des Vertrages.

Was damit gemeint sein soll, daß der Klägerin ein Rücktrittsrecht nur betreffs der per Albert abgeladenen Kohlen zugestanden hätte, läßt sich nicht recht erkennen. Diese Kohlen hat Verklagter erhalten, und es kann der Klägerin nicht zugemuthet werden, daß sie deren Rückforderung in natura in Antrag zu bringen hätte. Außerdem könnte ihr, soweit diese Kohlen vom Verklagten bezahlt sind, gerade der Art. 359 opponirt werden. Wie aber der Rücktritt von dem Vertrage betreffs der Ladung des Albert der Klägerin dazu verhelfen könnte, daß sie, worauf es ihr allein ankommt, den Rest des Preises für die Kohlen erhält, ist nicht abzusehen und überhaupt die rechtliche Bedeutung eines derartigen Rücktritts nicht näher zu ergründen.

So verfehlt wie die gedachte Anwendung des Art. 359 zeigt sich auch die hierauf gestützte Ausführung, daß, wenn Klägerin dem entgegen den ganzen Vertrag nicht weiter erfüllt habe, sie den Verklagten gemäß Art. 355 entschädigen müsse, wozu sie auch nach Art. 356 durch dessen Schreiben vom 15. November 1865 aufgefordert worden sei. Der letztere Artikel verordnet, daß, sobald die Natur des Geschäfts es zuläßt, der Contrahent, welcher von dem

Digitized by Google

Vertrage zurücktreten will, dem andern noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren muß. Eine solche Frist hat Verklagter der Klägerin in dem erwähnten Schreiben nicht gestellt, und es war der letzte Termin für die Absendung der Kohlen damals noch nicht abgelaufen, da die Schifffahrt in dem betreffenden Jahre erst im December zu Ende ging.

Der Art. 355 behandelt aber den Fall, wo der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, während nach der richtigen Annahme der Vorderrichter dem Verklagten ein Verzug bei Zahlung des Kaufpreises zur Last fällt. Der Appellationsrichter sagt auch unmittelbar vor der Anwendung des Art. 355, daß streng genommen dieser so wenig vorläge wie die Art. 354 und 357, und er ist weiter der Ansicht, daß Verklagter von dem „Lieferungsgeschäfte" einseitig nicht eher hätte zurücktreten können, als bis die Schifffahrtsperiode 1865 beendet gewesen. Hiermit steht die Abweisung der Klägerin in conventione und deren Verurtheilung zum Ersatz des Schadens, wie Verklagter ihn liquidirt, nicht im Einklang.

Die von dem zweiten Richter nicht zutreffend gelöste Frage ist die,

> ob Klägerin, weil Verklagter nicht, wie ausbedungen worden, die per Albert ihm zugesandten Kohlen zum vollen Preise bezahlt hatte, befugt war, mit der weitern Verabfolgung der Kohlen innezuhalten,

und diese muß bejaht werden. Das unter dem 21. December 1849 zu dem § 230, I, 11 allg. L.-R. vom Senat IV ergangene Präjudiz Nr. 2188 — Samml. II, S. 11, Entsch., Bd. XIX, S. 144 — lautet:

> Die dem Verkäufer zustehende Befugniß, in dem Falle, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welches er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe zu verweigern und den Contract aufzuheben, findet bei Käufen über vertretbare, in einzelnen Quantitäten nach und nach gegen jedesmalige baare Zahlung für jede einzelne Lieferung zu gewährende Sachen auch dann Anwendung, wenn schon einzelne Lieferungen gegen Zahlung stattgefunden haben, die Nichtleistung der Zahlung bei einer spätern Theillieferung sich ereignet und der Verkäufer den

Digitized by Google

Vertrag in Beziehung auf die noch nicht bewirkten künftigen Lieferungen aufheben will.

Hieran ist auch bei späteren Entscheidungen, namentlich in dem Erkenntnisse vom 28. Februar 1854 des IV. Senats — Striethorst, Archiv, Bd. XII, S. 187 — festgehalten worden. Das H.-G.-B. entzieht bei Handelsgeschäften die gedachte Befugniß dem Verkäufer nicht. Darnach war Klägerin nicht gehalten, mit der nach dem Vertrage successive zu bewirkenden Verladung von Kohlen fortzufahren, wiewohl Verklagter den Vertrag seinerseits nicht erfüllt und volle Zahlung für die Ladung des Albert beim Empfange des Connossements nicht geleistet hatte. Sie wäre sogar berechtigt gewesen, aus diesem Grunde vom Vertrage zurückzutreten. Wenn sie nun, wie es insbesondere durch das Schreiben vom 30. Juni 1865 geschah, dem Verklagten eröffnete, daß sie sofort bei Connossement kurze Rimesse haben müsse, widrigenfalls sie auch ihrerseits nicht im Stande sei, den Vertrag zu erfüllen, so ist sie keineswegs zu weit gegangen, und es konnte ihr nicht zugemuthet werden, sich durch fernere Kohlenverladungen der Gefahr auszusetzen, daß Verklagter auch bei diesen die vertragsmäßige Zahlung nicht effectuiren würde.

Das Verfahren des Verklagten, wonach er unter dem 30. August, nachdem er vorher versprochen, den Preis pro Albert zu berichtigen, nunmehr den nicht bezahlten Rest desselben und den Betrag für das Schiff Theodor verzinsen wollte, bis Klägerin die 8000 Tons geliefert hätte, erweist sich als rein willkürlich. Die Lieferungszeit für die gesammten 8000 Tons ging erst mit dem December zu Ende, und betreffs der Ladung des Theodor hatte Beklagter um so weniger Grund, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, als die Parteien darüber einverstanden sind, daß der hier abgeschlossene Kauf ein besonderes Geschäft bildet. Die Bemühungen des Beklagten, dieses Rechtsgeschäft, zu welchem er seine Einwilligung gab, als einen Contractbruch seitens der Klägerin bezüglich des Kaufes der 5000 Tons und der 3000 Tons Kohlen zu charakterisiren, sind vergeblich.

Andererseits trifft auch die Behauptung der Klägerin nicht zu, daß sie, weil Verklagter keine Schiffe weiter als den Theodor gechartert, keine Veranlassung gehabt hätte, die Kohlenlieferung fortzusetzen. Denn sollte auch Klägerin mittels Schreibens v. 11. Mai 1865 sich für die am 8. ej. vom Verklagten gemachte Proposition

Digitized by Google

erklärt haben, daß er in Stettin noch mehr Schiffe befrachten wolle, so hat sie doch in der weiteren Correspondenz versichert, sie werde bemüht bleiben, für den Verklagten zu chartern, woraus folgt, daß die gedachte Proposition des Letzteren sie nicht davon befreite, in Sunderland sich darbietende Gelegenheiten zur Absendung von Kohlen zu benutzen.

Rücksichtlich der ferneren Angabe der Klägerin, es sei zwischen dem Verklagten und Cohn im Februar 1865 verabredet worden, daß sie bei Annahme der Schiffe für die 8000 Tons Kohlen nicht über 10 L. Fracht per Keel geben solle, wodurch, da Schiffe zu diesem Satze nicht zu haben gewesen, sie, Klägerin, an der Befrachtung gehindert sein will, kommt es — wie näher ausgeführt wird — auf den angetretenen Beweis nicht an. Aus jener Verabredung, falls sie erfolgt wäre, erwüchsen dem Verklagten zwar bei einem Verzuge der Uebergabe die alternativen Rechte des Art. 355 H.-G.-B. Er ist aber, wiewohl Klägerin bei Eröffnung der Schifffahrt das erwähnte Quantum Kohlen nicht absandte, bei dem Vertrage stehen geblieben und hat ausdrücklich die Erfüllung desselben, und zwar wiederholt, gefordert.

Sogar einen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, welcher ihm auch bei dem Bestehen auf Erfüllung competirt hätte, machte er, nachdem die Schifffahrt längst eröffnet war, nicht geltend, sondern beim Empfange der Factura für die per Albert verladenen 281 Tons Kohlen Ende Mai versprach er ohne allen Vorbehalt Zahlung.

Hätte er einen Schadensanspruch erheben wollen, so konnte dieser nur so fundirt werden, daß er nachwies, welcher Schaden für ihn daraus entstanden wäre, daß die 281 Tons nicht Anfangs März, sondern Ende Mai verladen wurden, und daß die Verladung von 719 Tons unterblieben war; denn von den unbestimmt bezeichneten Kohlenquantitäten erwies für einen Schadensersatz der Klägerin sich ausschließlich die geringere, d. h. 1000 Tons maßgebend. Bei der Nichterfüllung des Vertrages von seiner Seite hat er von der Klägerin aber überhaupt keinen Schadensersatz zu verlangen, wenngleich diese die weitere Erfüllung des Vertrages ihrerseits sistirte.

Die Forderung der Klägerin in conventione wegen des Restpreises für die Ladung des Schiffes Albert und wegen des ganzen Preises der Ladung des Schiffes Theodor steht ihrem Grunde und ihrem Betrage nach fest. Dagegen erweist sich die Gegenforderung

Digitized by Google

des Verklagten, soweit er mit ihr nicht schon rechtskräftig abgewiesen wurde, nicht als gerechtfertigt.

Auch seinem eventuellen Antrage, die Klägerin zur sofortigen Lieferung von 7719 Tons Kohlen zu verurtheilen, war nicht stattgegeben. Durch das vertragswidrige Verhalten des Verklagten wurde Klägerin bewogen, von der Lieferung dieser Kohlenquantität während der Schifffahrtsperiode 1865 Abstand zu nehmen. In dem Schreiben vom 15. November gab Verklagter seinen Willen kund, daß er von einer Verladung dieser Kohlenquantität in dem gedachten Jahre abstrahire, und nachdem die festgesetzte Lieferungszeit längst verlaufen ist, und Verklagter, abgesehen von der Ladung des Theodor, immer noch nicht den Rest des Preises für die Ladung des Albert bezahlt hat, kann Klägerin zur Lieferung der mehrgedachten Kohlenmenge nicht angehalten werden, und ebensowenig zum Ersatz eines in separato festzustellenden Schadens aus der verzögerten Lieferung. Kz.

Art. 361. 371.

Darf der **Commissionär** die für den Committenten auf Lieferung gekaufte, und ihm von dem Verkäufer zur Abnahme **gekündigte Waare** sofort am Abnahme-Tage für den Marktpreis **verkaufen**, ohne dem **Committenten** von der erfolgten Kündigung unter Aufforderung zur Gewährung der Zahlungsmittel für seinen Verkäufer **benachrichtigt** zu haben.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 16. Oct. 1866. (Entscheidungen, Bd. 57, S. 387.)

Der Kaufmann E. in Berlin (Kläger) hatte von dem Kaufmanne J. (Verklagtem) in Landsberg a/W. den Auftrag erhalten, mehrere Posten Getreide und Spiritus für ihn anzukaufen. Er behauptete, diesen Auftrag durch Ankauf bei dritten Verkäufern unter Ausbedingung zweimonatlicher Lieferungszeit ausgeführt zu haben; und es waltete darüber, daß seine Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Posten durch eine seitens der Verkäufer an ihn ergehende Kündigung mit dreitägiger Frist bedingt gewesen sei, unter den Parteien kein Streit ob.

Kläger behauptet nun, daß die Kündigungen eingetreten seien (ohne dieß jedoch unter Beweis zu stellen, und ohne einen bestimmten

Digitized by Google

Kündigungstag anzugeben), und daß er die fraglichen Getreide- und Spiritus-Posten, angeblich wegen ausgebliebener Disposition und Deckung seitens des Verklagten, noch während des Laufes der zweimonatlichen Lieferungsfrist unter dem Einkaufspreise weiter verkauft habe, und forderte von dem Verklagten die Differenz zwischen dem Einkaufs- und Verkaufspreise. Er wurde jedoch in 2. und 3. Instanz abgewiesen. In den Entscheidungsgründen des Obertribunals heißt es:

„Nach Art. 371 H.-G.-B. hat der Committent dem Commissionär dasjenige zu ersetzen, was dieser zum Vollzuge des Geschäfts nothwendig oder nützlich aufgewendet hat." Eine solche nöthige oder nützliche Aufwendung scheidet aber aus, wenn der Commissionär, ohne durch Kündigung seitens des Verkäufers zur Abnahme der Waare oder Beschaffung des demselben zu zahlenden Kaufgeldes genöthigt zu sein, ohne Rücksicht darauf, daß im Laufe der contractlichen Lieferungsfrist eine Cursbesserung eintreten kann — eigenmüthig ohne Auftrag seines Committenten mit dem Verkaufe zu niedrigerem, als dem Einkaufspreise verschreitet und dadurch einen Verlust für den letzteren herbeiführt.

Es ist bereits in dem Erkenntnisse vom 11. Mai 1865 (Entsch., Bd. 54, S. 230)*) auf die Gefahren hingewiesen, welche der Committent durch Mißbrauch der dem Commissionär in dem Handesgesetzbuche eingeräumten Befugnisse mittelst Speculation mit dem Commissionsgute zum eigenen Vortheile des Commissionärs ausgesetzt ist; und daß es die Aufgabe des Gesetzes gewesen sei, den hieraus für den Committenten entstehenden Gefahren möglichst enge Grenzen zu setzen. Von dieser auch durch den vorliegenden Rechtsstreit vollkommen gerechtfertigten Erwägung ausgegangen, würde der eingeklagte Anspruch selbst dann nicht für substantiirt erachtet werden können, wenn Kläger nachgewiesen hätte, daß und an welchen Tagen ihm die fraglichen Waaren-Posten von den Verkäufern zur Abnahme gekündigt worden seien. Zur Begründung desselben würde vielmehr auch der Beweis erforderlich gewesen sein, daß er, der ihm im Art. 361 H.-G.-B. ertheilten allgemeinen Anweisung entsprechend, dem Verklagten von der erfolgten Kündigung

*) Mitgetheilt in Busch, Archiv, Bd. IX, S. 231.

Digitized by Google

unter Aufforderung zur Gewährung der Zahlungsmittel Nachricht gegeben, und ihm dadurch die Möglichkeit offen gelassen hätte, den ihm drohenden Verlust in geeigneter Weise von sich abzuwenden. Erst wenn der Verklage eine solche Benachrichtigung unbeachtet ließ, würde dem Kläger die Befugniß zugestanden haben, behufs der Beschaffung des den Verkäufern zu zahlenden Kaufgeldes die Waare am Abnahmetage nach dem Tages-Marktpreise weiter zu verkaufen.

Die Bemerkung in dem Gutachten der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft: der Commissionär könne die eingekaufte Waare sofort bei Eröffnung des betreffenden Lieferungstermins (soll wohl heißen Lieferungsfrist) verkaufen, tritt mit der Ausführung des gedachten Obertribunals-Erkenntnisses in Widerspruch. Der angeführte Grund, daß der Commissionär erheblichen Schaden erleiden würde, wenn er erst bei Aufkündigung der Waare Disposition einholen wollte, ist aber auch unverständlich, da nicht abzusehen ist, in welcher Weise sich die Gefahr des Commissionärs verringern könnte, wenn er sofort beim Beginne der contractlichen Lieferungsfrist unter dem Kaufpreise weiter verkauft, als wenn er mit dem Verkaufe erst nach Eintritt der Kündigung und fruchtloser Benachrichtigung seines Committenten von letzterer vorschreitet."

Art. 361. 1. 279.

Verpflichtung des Kommissionärs zur Rechnungslegung; Auslegung des Stillschweigens einer Partei als Gegenstand einer Handelsgewohnheit.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 9. Juli 1867. (Original-Beitrag.)

In Sachen der Handlung M. Levin & Sohn wider Jacobi stellt das Obertribunal im Erkenntnisse vom 9. Juli 1867 folgende Sätze auf:

„Die Pflicht der Klägerin (als Kommissionärin), Rechenschaft über die Abschließung des Kaufes oder Verkaufes zu geben, war mit dem Nachweise, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis zur Zeit der angeblichen Ausführung des Auftrags eingehalten sei, nicht erledigt."

Die Klägerin hatte sich auf das Gutachten der Kaufmanns-

Digitized by Google

Aeltesten in Berlin berufen, zum Erweise, daß nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen in einem wochenlangen Stillschweigen des Kommittenten in Bezug auf die ihm kommunizirten Abwickelungen der Geschäfte ein Anerkenntniß der kommunizirten Abwickelungen gefunden werden müsse; das Obertribunal sagt in dieser Beziehung:

„es bildet die Feststellung der rechtlichen Wirkung eines Stillschweigens nach Maßgabe der Verschiedenheit der obwaltenden Verhältnisse keinen Gegenstand für Handelsgewohnheiten, sondern es ist Sache des Richters, diese Wirkung nach Vorschrift der Gesetze zu bestimmen. A. L.-R. Thl. I, Tit. 4, § 60 flg." h.

Art. 376.

Befugniß des Kommissionärs, als Selbstkontrahent in ein kommittirtes Geschäft einzutreten*).

Erk. des Obertribunals in Berlin v. 16. April 1867. (Original-Beitrag.)

In Sachen des Kaufmanns Hermann Züllichauer zu Berlin, Verklagten und Imploranten, wider den Kaufmann Gustav Traugott Busse daselbst, Kläger und Imploraten, hat das Obertribunal unter Vernichtung des Erkenntnisses zweiter Instanz dahin erkannt:

„Der Appellationsrichter hat thatsächlich festgestellt, daß der Kläger, als Kommissionär, von dem Beklagten, als Kommittenten, mit dem Verkaufe von 3000 Thlr. Magdeburg-Wittenberger Eisenbahn-Aktien beauftragt gewesen, daß der Kläger mittelst Schreibens vom 15. Dez. 1862 dem Beklagten angezeigt, er habe an demselben Tage dem Auftrage gemäß für Rechnung des Beklagten die Aktien pr. medio Januar 1863 zum Kourse von $49^{7}/_{8}$% verkauft und daß der Beklagte unter Bezugnahme auf dieses Schreiben in einem Schlußscheine von demselben Tage dem Kläger gegenüber die Ertheilung dieses Auftrags anerkannt habe.

Die erst in der Replik des Vorprozesses eventuell und in der jetzt vorliegenden Klage prinzipaliter von dem Kläger beanspruchte Befugniß, in Gemäßheit des Art. 376 des H.-G.-B.s in das Geschäft als Selbstkäufer eintreten zu dürfen, hat der Appellations-

*) Vgl. Bd. IX, S. 230. 235 und die Anmerkung S. 349 dieses Bandes.

Digitized by Google

richter für gerechtfertigt erachtet, weil eine vertragsmäßige Ausschließung dieser Befugniß nicht erfolgt, bei der durch den Kläger über die Ausführung des Auftrages erstatteten Anzeige eine dritte Person als Käufer nicht namhaft gemacht worden sei, und wenn unter dieser Voraussetzung der Beklagte als Kommittent berechtigt gewesen, das Geschäft als ein Propre-Geschäft des Klägers zu behandeln, auch umgekehrt dem Kläger als Kommissionär dieselbe Berechtigung nicht streitig gemacht werden dürfe. Diese Argumentation verstößt rechtsgrundsätzlich gegen den Art. 376 des H.-G.-B.s.

Derselbe bestimmt, soweit es hier interessirt:

Bei der Kommission zum Verkaufe von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. In diesem Falle ist die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Verkaufes zu geben, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrages eingehalten ist. Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten berechnen.

Macht der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer namhaft, so ist der Kommittent befugt, den Kommissionär selbst als Käufer in Anspruch zu nehmen.

Der Art. 376 gibt also nicht beiden Theilen gleichzeitig die gegenseitige Berechtigung, die Verkaufs-Kommission als ein zwischen ihnen unmittelbar abgeschlossenes Verkaufsgeschäft anzusehen, sondern nur jedem Einzelnen von ihnen einseitig nach seinem freien und von dem Willen des Anderen abhängigen Ermessen in dem für ihn bestimmten besonderen Falle. Beide Befugnisse sind deshalb in Betreff der Voraussetzungen ihres Eintrittes und ihrer Wirkung streng gesondert auseinanderzuhalten. Die des Kommissionärs findet ihre Erklärung und Rechtfertigung in der allgemeinen Vertragstheorie. Die ihm zum Verkaufe börsengängiger Effekten ertheilte Kommission enthält nämlich gleichzeitig die ihm von dem Kommittenten gestellte eventuelle Offerte zur Eingehung eines Propre-Geschäfts

Digitized by Google

nach Maßgabe des zur Zeit der Ausführung des Auftrages stehenden Börsen- oder Marktpreises. Erst durch die Akzeptation dieser Offerte und durch die in äußerlich erkennbarer Weise dem Kommittenten gegenüber erfolgte Manifestirung derselben wird die auf das Propre-Geschäft gerichtete wechselseitige Einwilligung beider Theile hergestellt und erst mit diesem Momente die ursprünglich intendirte Verkaufs-Kommission in ein Propre-Geschäft des Kommissionärs verwandelt. Wenn also, wie hier nach dem Thatbestande des Appellationsrichters, der Kommissionär, ohne seinen auf die Akzeptation der eventuellen Offerte gerichteten Willen und seinen Entschluß, als Selbstkontrahent eintreten zu wollen, erkennbar zu machen, von der durch Vollziehung des Verkaufes seinerseits geschehenen Erfüllung des Auftrages den Kommittenten benachrichtigt und der letztere diese Erfüllung anerkennt und billigt, so ist mit beiderseitigem Konsense das Kommissionsgeschäft in seinem ursprünglichen prinzipalen Inhalte und Umfange zur rechtlichen Wirksamkeit gelangt, die dem Kommissionär eventuell gestattete Befugniß zum Eintritte als Selbstkäufer, als damit nicht mehr vereinbar, erloschen und der Kommissionär gesetzlich nicht mehr berechtigt, noch später von demselben Gebrauch zu machen und dadurch das Wesen des vollständig zur Perfektion gelangten Rechtsgeschäftes je nach seiner Konvenienz einseitig zu ändern.

Daß der Kläger bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine bestimmte dritte Person als Käufer nicht namhaft gemacht hat, bleibt dabei ohne allen rechtlichen Einfluß. Durch diesen Umstand würde nur der Beklagte, als Kommittent, berechtigt worden sein, den Kläger selbst als Käufer in Anspruch zu nehmen. Es ergibt dieß theils die unzweideutige Fassung, theils die Entstehungsgeschichte des Alinea 3 a. a. O.

Bei der Berathung des Handelsgesetzbuchs hat man nämlich nach Seite 1213 flg. der Nürnberger Protocolle erwogen, daß nach der von dem Kommissionär dem Kommittenten über die Ausführung des Auftrages ohne Benennung des Käufers erstatteten Anzeige der Kommittent immer noch bis zur Abrechnung in der Gefahr schwebe, daß ihm erst bei dieser von dem Kommissionär ein zahlungsunfähiger Dritter, vielleicht sogar unrichtiger Weise, als der Käufer bezeichnet werde, und bis dahin der Kommissionär die Konjunkturen zu seinem eigenen Vortheile zu benutzen und mit dem Kommissionsgute auf

Digitized by Google

Gefahr des Kommittenten zu spekuliren im Stande wäre. Da nun einerseits der Kommissionär nicht zu zwingen sei, seine Kunden dem Kommittenten zu nennen, andererseits aber der Kommittent nicht ganz der Diskretion des Kommissionärs anheimgegeben werden dürfe, so hat man dem nach dem Zeugnisse des Sachverständigen schon bestehenden Gebrauche entsprechend dem Kommittenten als unentbehrlichen Schutz die Befugniß eingeräumt, den Kommissionär selbst als Käufer in Anspruch zu nehmen, wenn derselbe nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer namhaft gemacht habe.

Diese danach auf einem ganz besonderen legislatorischen Grunde beruhende ausnahmsweise Berechtigung des Kommittenten berührt also das Wahlrecht des Kommissionärs gar nicht und gestattet in keiner Weise den von dem Appellationsrichter daraus auf eine Gleichberechtigung des Kommissionärs gezogenen Schluß.

In allen diesen Richtungen enthält die entgegenstehende Argumentation des Appellationsrichters die von dem Imploranten gerügte rechtsgrundsätzliche Verletzung des Art. 376 des H.-G.-B.s und es hat deshalb sein Erkenntniß, ohne daß es einer weiteren Prüfung der sonst dagegen noch erhobenen Angriffe bedarf, nach § 4. 17 Verordnung vom 14. Dez. 1833 vernichtet werden müssen.

In der Sache selbst ergibt die vorstehende Erörterung, daß der Kläger, ganz abgesehen von seinen am 15. und 24. Dec. 1862, so wie am 16. Juni 1863 angeblich mündlich erfolgten Erklärungen schon deshalb, weil er dem Beklagten mittelst Schreibens v. 15. Dez. 1862 die Ausführung der Verkaufs-Kommission ohne Vorbehalt angezeigt hat, als Selbstkäufer in das Geschäft einzutreten gesetzlich nicht mehr berechtigt, und sein in dieser Richtung geltend gemachter Anspruch daher nicht begründet ist.

Er hat die Klage aber außerdem darauf gestützt, daß er in Folge des Auftrages des Beklagten die fraglichen Aktien zu dem limitirten Preise und zwar durch Uebergabe am 15. Januar 1863 wirklich an dritte Personen verkauft und bei der Weigerung des Beklagten, ihm die Aktien zu liefern, dieselben behufs Erfüllung des Kaufvertrages am 16. ej. anderweit angeschafft und den Preis dafür bezahlt habe. Seine auf der wirklichen Ausführung der Verkaufs-Kommission gestützten Ansprüche, die zu deren Begründung unter

Digitized by Google

Beweis gestellten Thatsachen und die in dieser Beziehung von dem Beklagten erhobenen Einreden sind jedoch in den Vorinstanzen gar nicht zur Erörterung und Beurtheilung gezogen, so daß zu diesem Zwecke unter Aufhebung des ersten Erkenntnisses die Sache in die erste Instanz zurückzuweisen ist. h.

Art. 376. (1. 279. 69, Nr. 1.)

Das durch den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten begründete Propregeschäft im Gegensatz zum gewöhnlichen Kauf- resp. Verkaufsgeschäft; Handelsgebräuche nach Art. 1 des H.-G.-B. und die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach Art. 279 a. a. O.; vereidete Handelsmäkler als Selbstkontrahenten nach der Usance an der Berliner Börse.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 23. Mai 1867. (Original-Beitrag.)

Der Verklagte, Kaufmann H. Samter in Berlin, hatte dem Mäkler Hnl. daselbst am 2. Septbr. 1863 einen Schein folgenden Wortlauts ausgestellt:

„Nach allen hiesigen Usancen kaufte ich dato durch Sie 2000 Ctr. 77 Pfd. Roggen auf Lieferung pr. Frühjahr 1864 à 42½ Thlr."

und am 7. März 1864 einen Schein folgenden Wortlauts:

„Nach allen hiesigen Usancen verkaufte ich dato durch Sie 2000 Ctr. 77 Pfd. auf Lieferung pr. Frühjahr a. c. à 32½ Thlr."

Beide Schriftstücke waren vom Verklagten und dem Mäkler Hnl. unterschrieben.

Der Kläger als Kommissionär des Mäklers Hnl. behauptet, daß die beiden Geschäfte zum Zwecke der Kompensation des Kaufpreises geschlossen seien und berechnet sich darnach eine Forderung von 1000 Thlr., welche er nebst 6 % Zinsen seit dem 20. Mai 1864 einklagt.

Der Verklagte hat den Anspruch bestritten und ergeben sich seine Einwendungen aus den Gründen des nachfolgenden Erkenntnisses.

Das Stadt-Gericht in Berlin wies den Kläger ab, das Kammer-

Digitized by Google

Gericht verurtheilte dagegen den Verklagten. Das Ober-Tribunal hat auf die vom Verklagten eingelegte Revision das Erkenntniß zweiter Instanz bestätigt. Es lauten die

Gründe:

Die Differenzforderung des Klägers stützt sich auf zwei Reverse, Inhalts deren der Verklagte nach allen hiesigen Usancen am 2. September 1863 durch den Cedenten des Klägers, den Mäkler Hnl., 2000 Ctr. Roggen auf Lieferung pr. Frühjahr 1864 à $42^1/_2$ Thlr. für je 2000 Pfd. gekauft, und am 7. März 1864 die gleiche Quantität Roggen unter gleichen Bedingungen zum Preise von $32^1/_2$ Thlr. für je 2000 Pfd. durch den Mäkler Hnl. verkauft zu haben, anerkannt hat. In der Klage hat der Kläger behauptet, „daß in diesen Reversen, nach kaufmännischem Sprachgebrauche, ein zwischen dem Verklagten und dem Mäkler Hnl., als unmittelbaren Selbstkontrahenten, direkt zum Abschlusse gelangtes Kauf- und Verkauf-Geschäft sich ausgedrückt finde." Er hat diese Auffassung in der Replik principiell aufrecht erhalten und nur eventuell zur Beseitigung des Einwandes des Verklagten, daß ein Kommissionsgeschäft vorliege, geltend gemacht, „daß sein Cedent in diesem Falle nach Art. 376 des H.-G.-B. als Selbstkäufer resp. -Verkäufer in die Geschäfte einzutreten berechtigt gewesen sein würde."

Daß in dieser, zumal blos eventuellen Bemerkung eine unzulässige Veränderung des Fundaments der Klage liegen sollte, läßt sich dem Verklagten nicht zugeben.

Das durch den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent constituirte Propre- und das gewöhnliche Kauf- resp. Verkaufsgeschäft regeln sich zwar in Betreff ihres Abschlusses nach verschiedenen Zeitmomenten. Bei dem letzteren wird der auf die Herstellung eines unmittelbaren Rechtsverhältnisses zwischen den Kontrahenten, als Käufer und Verkäufer gerichtete Konsens schon im Augenblick der Eingehung des Vertrages von beiden Seiten manifestirt, während bei dem ersteren die Intention der Kontrahenten allerdings principiell auf das Kommissionsgeschäft, als solches, gerichtet war, mit der Ertheilung der Kommission aber in den Fällen des Art. 376 H.-G.-B. gleichzeitig die dem Kommissionär gestellte eventuelle Offerte zur Eingehung eines Propre-Geschäfts verbunden ist, und erst durch die

Digitized by Google

dem Kommittenten gegenüber später zu erkennen gegebene Acceptation jener eventuellen Offerte die ursprüngliche Intention ihre Erledigung findet, und das Propre-Geschäft sich vollzieht. Durch diese nur die Entstehung des Vertragsverhältnisses berührende, rein formelle Differenz wird aber eine materielle begriffliche Verschiedenheit beider Verträge ersichtlich nicht begründet, und ebensowenig durch den Umstand, daß dem als Selbstkontrahenten eintretenden Kommissionär der Anspruch auf die übliche Provision und die Befugniß zur Liquidation der bei dem Kommissionsgeschäfte sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten verbleiben soll. Wenn auch in diesen speziellen Beziehungen das Propre-Geschäft seinen ursprünglichen Charakter als Kommission konservirt, so sind seine Wirkungen doch in allen übrigen Richtungen dem von vornherein intendirten Kaufgeschäfte völlig gleich*) und es läßt sich deßhalb in der eventuellen Bemerkung der Replik die von dem Verklagten gerügte unzulässige Veränderung des Klagefundaments nicht erkennen.

Wie sich vom Standpunkte des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs aus das Rechtsverhältniß der Parteien gestalten möchte, bedarf hier nicht der Prüfung, weil dasselbe zunächst der Beurtheilung nach den hiesigen Usancen unterliegt, denen der Verklagte und der Cedent des Klägers sich ausdrücklich unterworfen haben, und die dadurch zu einem integrirenden Theile ihrer Verträge gemacht worden sind. Es handelt sich dabei nicht, wie der Revident vermeint, um einen Handelsgebrauch im Sinne des Art. 1 a. a. O., also nicht um eine Handelsgewohnheit als Quelle des objektiven Rechts, welcher schon durch jenen Artikel ihre blos subsidiäre Stellung hinter dem Handelsgesetzbuche angewiesen und dadurch die Möglichkeit genommen ist, dem letzteren gegenüber jemals eine derogatorische Kraft zu erlangen. Jene Usancen fallen vielmehr in die Kategorie blos faktischer Uebungen, welche in einem bestimmten Kreise von Personen zum Zwecke der Begründung rein subjektiver Rechtsverhältnisse, nicht aber in der Ueberzeugung der Nothwendigkeit ihrer Befolgung, als objektiven Rechtssatzes, stattgefunden haben, und von dem Gesetze selbst als ein entscheidendes Interpretationsmittel für den Willen der Betheiligten anerkannt worden sind — Art. 279 des H.-G.-B. —

*) Vgl. Bd. XI, S. 233.

Digitized by Google

Die von dem Revidenten angeregte, in der handelsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung kontroverse Frage, ob dergleichen faktische Uebungen, wenn sie lediglich als solche und nicht zugleich als Theil einer kontraktlichen Verabredung geltend gemacht werden, auch insofern Berücksichtigung finden dürfen, als sie mit den absoluten oder auch nur dispositiven Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in Widerspruch stehen, bleibt für den vorliegenden Fall ohne allen Einfluß, denn hier sind gerade die Usancen durch ihre ausdrückliche Bezugnahme von den Kontrahenten zur Norm ihres Vertragsverhältnisses gemacht worden, und es ist allgemein anerkannt, daß in Ermangelung entgegenstehender Prohibitivgesetze die Vertragsfreiheit insoweit eine unbeschränkte ist.

Nürnberger Kommissions-Protokolle, S. 5085.
Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. 1, S. 223 flg., 235. 258.
Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 30. Septbr. 1851 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. III, S. 119), vom 2. Nov. 1865 (Entscheid., Bd. 56, S. 323).

Nun ist durch die von den Aeltesten der hiesigen Kaufmannschaft unterm 18. Dezbr. 1865 und 8. Oktbr. 1866 ertheilten Gutachten festgestellt:

„daß nach hiesiger Usance schriftliche Erklärungen, wie die vorliegenden Reverse, die Stelle der Schlußscheine vertreten; daß der vereidete Mäkler, falls er in dergleichen Schlußscheinen nicht eine andere Person als Kontrahenten bezeichnet, trotz des für ihn nach Art. 69 zu 1 des H.-G.-B. bestehenden Verbots, selbst als Kontrahent betrachtet wird; daß dergleichen Reverse für den betreffenden Kontrahenten, sobald derselbe nicht rechtzeitig dem anderen Theile seinen Kommittenten nennt, die Selbsthaftung begründen, und daß, wenn bei derartigen Kauf- resp. Verkaufgeschäften vor Eröffnung des Lieferungstermins unter denselben Parteien auf dasselbe Quantum und zu demselben Termine das entgegengesetzte Geschäft auch zu einem niederen Preise abgeschlossen wird, usancemäßig die Lieferung der Waaren zu unterbleiben pflegt, die Kaufpreise, soweit sie sich decken, gegen einander aufgehoben werden, und nur die Differenz vergütet wird."

Digitized by Google

Nach diesen Gutachten würde der Mäkler Hnl., als Selbstkontrahent, dem Verklagten gegenüber zu dem Anspruche auf die Differenzsumme selbst dann befugt gewesen sein, wenn man ihn, der Behauptung des Verklagten und der eventuellen Auffassung des Klägers entsprechend, als bloßen Einkaufs- resp. Verkaufs-Kommissionär des Verklagten selbst ansehen wollte. Der Wortlaut der Reverse gestattet aber auch die Annahme, daß Hnl. als Kommissionär einer von ihm nicht benannten Person für deren Rechnung in eigenem Namen den Roggen an den Verklagten verkauft, resp. von dem Letzteren gekauft hat, also als Kommissionär dem Verklagten, als Dritten, gegenübergetreten ist, und in diesem Falle würde er schon nach Art. 360, alin. 2 des H.-G.-B. aus den von ihm geschlossenen Geschäften in seinem Verhältnisse zu dem Verklagten allein berechtigt und verpflichtet, mithin zu dem Anspruche auf die Differenzsumme schon auf Grund des Gesetzes befugt sein. — Der Einwand des Verklagten endlich, „daß nach den in den Schlußscheinformularen ausgedrückten sonstigen Usancen der Anspruch durch unterlassene Protesterhebung erloschen und jedenfalls nicht cessibel gewesen sei, trifft nicht zu. Denn daß die Verträge unter Zugrundelegung jener Formulare geschlossen worden, ist von ihm nicht behauptet. Aus dem blos negativen Umstande aber, daß dergleichen Ansprüche bisher hier ohne Zustimmung des anderen Kontrahenten nicht cedirt worden, läßt sich ein die Unzulässigkeit der Cession konstatirender Handelsgebrauch nicht ableiten, während die Protesterhebung usancemäßig nur zur Feststellung der Nichterfüllung des Vertrages durch unterbliebene Lieferung resp. Abnahme, als nothwendig gelten soll und von einer solchen hier, wo das zweite Geschäft zur Deckung des ersten geschlossen worden, überhaupt nicht die Rede ist.

Hiernach hat das zweite Erkenntniß bestätigt werden müssen.

h.

Art. 376.

Uebergang des Commissions-Geschäfts in ein Propre-Geschäft. Die Befugniß des Commissionärs, als **Selbst-Contrahent** aufzutreten, setzt voraus, daß er seinen Entschluß **manifestirt**, und davon dem Committenten **Anzeige** macht.

Der Fall des Al. 3, Art. 376 gibt nur dem **Commit-**

Digitized by Google

tenten das **Recht**, den Commissionär als Selbstverkäufer anzusehen, nicht aber dem **Commissionär** die **Befugniß**, als solcher aufzutreten, und daraus herzuleiten, daß ihn der Committent als Selbstverkäufer ansehen müsse.*)

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 20. Nov. 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 301.)

Der Appellations-Richter geht von dem Falle des Al. 3, Art. 376 H.-G.-B. aus. Er nimmt an,

daß Kläger (Commissionär) dem Verklagten (Committenten) den Namen des Verkäufers nicht namhaft gemacht habe, und daraus folgert er objectiv, daß das ursprüngliche Verhältniß der Parteien zu einander als Committent und Commissionär in das anderweite Verhältniß als Käufer und Verkäufer übergegangen sei.

Diese Folgerung geht aber zu weit. Der Fall des Al. 3 gibt nur dem Committenten, also hier dem Verklagten, das Recht, den Commissionär als Selbstverkäufer anzusehen, nicht aber dem Commissionär die Befugniß, als solcher aufzutreten und daraus herzuleiten, daß der Committent ihn als Selbstverkäufer ansehen müsse. Der Art. 376, Al. 3 ist also verletzt, diese Verletzung kann auch damit nicht beseitigt werden, daß, wie Implorant hervorhebt, die Parteien darüber einig seien, daß Kläger als Selbstverkäufer anzusehen sei. Denn die desfallsigen Erklärungen der Parteien stützen sich zwar auf Al. 3, Art. 376. Allein aus diesem von dem Appellationsrichter allein angenommenen Thatbestande des Art. 376, Al. 3 folgt nur ein Recht des Verklagten, die Kläger als Selbstverkäufer anzusehen, nicht aber die Verpflichtung, ein Auftreten der Kläger als Selbstverkäufer sich ohne Weiteres und von selbst gefallen zu lassen. Denn nach der Bedeutung des Art. 376 verwandelt die ursprüngliche Commission sich nicht von selbst in ein Propregeschäft, wenn der Commissionär dasselbe stillschweigend als ein solches auffaßt, behandelt und entwickelt, und das Resultat dieser Entwick-

*) Vergleiche die Abhandlungen von Marcinowski (Busch, Archiv, Bd. I, S. 376 flg.) und von Krämel, (Bd. VIII, S. 464 flg.; Bd. XI, S. 110) und die Entscheidungen, Bd. V, S. 278; Bd. VI, S. 63; Bd. VII, S. 302; Bd. IX, S. 230. 479.

Digitized by Google

lung erst hinterher, nachdem er es herbeigeführt hat, zur Geltung bringt, wenn es zum Nachtheil des Committenten ausgefallen ist. Vielmehr folgt die Befugniß des Commissionärs, als Selbst-Contrahent aufzutreten, daraus, daß er diesen Entschluß nicht blos in seinem Innern fasse, sondern es ist erforderlich, daß er denselben manifestire und davon dem Committenten Anzeige mache. Erst in dieser Anzeige liegt die Acceptation der in dem Thatbestande des Al. 1, Art. 376 enthaltenen, stillschweigenden Offerte des Committenten, den Commissionär event. als Selbst-Contrahenten gelten zu lassen. Im Falle des Al. 3, loc. cit. offerirt der Commissionär durch Nichtnamhaftmachung eines Dritten sich stillschweigend als Selbst-Contrahenten, und der Committent ist dann berechtigt zu erklären, ihn als solchen ansehen zu wollen, und kann ihn als solchen in Anspruch nehmen. Erst auf diese Weise, durch Manifestirung des Willens des Commissionärs, durch die Anzeige davon, daß er als Selbst-Contrahent auftreten wolle, resp. die Erklärung des Committenten, daß er den Commissionär als Selbstverkäufer ansehe, und die Commission nach Al. 1, resp. 3, Art. 376 in ein Propregeschäft verwandelt.

Dieses ist in dem Urtheile vom 11. Mai 1865 (Entsch., Bd. 54, S. 230)*) aus der allgemeinen Vertragstheorie und den Motiven des Gesetzes, den legislatorischen Vorarbeiten und der Nothwendigkeit, den Speculationen des Commissionärs, gegenüber dem Committenten, die erforderlichen Schranken zu setzen, ausführlich dargelegt und kann darauf verwiesen werden. Einen solchen Thatbestand hat aber der Appellationsrichter nicht festgestellt; er konnte also den Art. 376 loc. cit. nicht zur Anwendung bringen und hat ihn mithin verletzt.

Art. 395.

Ueber die Haftpflicht des Frachtführers, besonders der Eisenbahnen, wenn der Empfänger quittirt und in der Abnahme säumig ist, so wie über die Haftpflicht der Eisenbahnen für Leckage. Steht das Recht: die Schädenklage gegen den Frachtführer anzustellen, dem Absender oder dem Empfänger zu?

*) Abgedruckt in Busch, Archiv, Bd. IX, S. 230.

Digitized by Google

Erk. des App.-Ger. zu Naumburg vom 14. Sept. 1864. (Original-Beitrag.)

Die Handlung Seydel übersendete einen Kaufmann zu Erfurt 10 Faß Sprit, welche daselbst am 24. März auf der Thüringischen Eisenbahn ankamen. Der von dem Empfänger mit der Abholung beauftragte Fuhrmann erhielt an demselben Tage den Frachtbrief und quittirte über den Empfang der Gebinde. Der Fuhrmann ließ jedoch die Gebinde bis zum 3. April 1865 im Güterschuppen der Eisenbahn liegen. An diesem Tage fand sich aber, daß eins der Fässer, an welchem keine äußere Beschädigung bemerkt wurde, zum großen Theil ausgelaufen war. Deshalb erhob die Handlung Seydel eine Schädenklage gegen die Thüringische Eisenbahnverwaltung.

Dieselbe wurde in 1. Instanz zur Zahlung verurtheilt. Das Appellationsgericht zu Naumburg wies jedoch die klagende Handlung am 14. Sept. 1864 ab, und sagte in den Gründen seines Erkenntnisses:

Der § 19 des Reglements für den Vereinsgüterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen vom 1. März 1865 legt in Uebereinstimmung mit Art. 395 des H.-G.-B.s der Verklagten die Haftpflicht für den Schaden auf, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist.

Dieser Bestimmung entnimmt die Verklagte ihren 1. Einwand gegen die Klage, in welcher behauptet ist: der Ausdruck „Ablieferung" bedeute dasselbe wie „Uebergabe." Die Ablieferung der Fässer an die Verklagte sei aber durch die Uebergabe des Frachtbriefes an den zur Empfangnahme des Gutes bevollmächtigten Fuhrmann und dessen Quittungsleistung am 24. März 1865 über die Empfangnahme der Gebinde vollzogen, denn der Abholung derselben habe von da an nichts mehr im Wege gestanden. Danach sei ihre Haftpflicht mit dieser Quittungsleistung beendet gewesen.

Die Annahme der Verklagten, daß Ablieferung und Uebergabe gleichbedeutend seien, ist aber unrichtig.

Die Uebergabe vermittelt den Uebergang des Besitzes. Sie setzt also voraus, daß der Uebergebende Besitzer ist. (§ 58 I, 7 allg. L.-R.) Der Frachtführer ist aber nicht Besitzer. Er hat blos die Gewahrsam des Frachtgutes, kann deßhalb auch nur die Gewahrsam

Digitized by Google

auf den Empfänger übertragen. Unter dem Ausdruck „Ablieferung" in Art. 395 kann nur die körperliche Aushändigung des Gutes an den Empfänger vorstanden werden. . . .

Daß „Ablieferung" etwas anderes bedeutet als Uebergabe, das ergibt sich auch aus S. 662 der Nürnbg. Protocolle. Danach wurden im Art. 349 an die Stelle der Worte: „Nach der Uebergabe" die Worte „seit der Ablieferung" gesetzt, weil nach Art. 345 unter Umständen die Ablieferung der Waare an den Spediteur oder Frachtführer als Uebergabe gelte.

Die Ablieferung erfolgt also auch in dem Falle, wo der Empfänger das Frachtgut vom Frachtführer abzuholen hat, erst durch diese Abholung selbst.

Aus demselben Grunde bestreitet die Verklagte die Activlegitimation der Klägerin ohne Erfolg. Denn so lange die Eisenbahn das Frachtgut in Gewahrsam behielt, konnte für die Klägerin als Absenderin das Dispositionsrecht über das Frachtgut nicht verloren gehen. Wenn daher das Betriebsreglement in § 14, A, Abs. 2 in Uebereinstimmung mit Art 402 des H.-G.-B.s bestimmt, daß nach der Ankunft des Frachtgutes am Bestimmungsorte und nach Uebergabe des Frachtgutes an den Empfänger die Eisenbahnverwaltung nur dessen Anweisungen bezüglich des Frachtgutes zu beachten hat, so wird hierdurch allerdings dem Empfänger ein selbstständiges Dispositionsrecht über das Frachtgut ertheilt. Daneben bleibt aber das Recht des Absenders, die Erfüllung des Frachtvertrages vom Frachtführer zu fordern, bestehn. Wenn also, wie im vorliegenden Falle, diese Erfüllung durch die Weigerung des Empfängers, das Frachtgut anzunehmen, unmöglich geworden ist, so muß dem Absender das Recht verbleiben, nachzuweisen, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung durch die Schuld des Frachtführers hervorgebracht sei, und hierauf gestützt, fordert die Absenderin die Entschädigung mit Recht von der Eisenbahn.

Ebenso unbegründet ist der aus der Bestimmung des § 22, l. c. des Betriebsreglements entnommene Einwand, daß die Eisenbahn überhaupt nicht für Leckage hafte.

Zwar lautet das Reglement: Die Eisenbahn haftet . . . insbesondere nicht für Leckage d. h. Dringen der Flüssigkeiten durch die Fugen des Gebindes ohne äußerliche Beschädigung.

Das Reglement überschreitet indeß mit dieser Bestimmung die

Digitized by Google

ihm durch Art. 423 u. 424 d. H.-G.-B.s gezogenen Grenzen. Denn nach Nr. 4 des Art. 424 ist die Ausschließung der Haftbarkeit der Eisenbahnverwaltung nur in Ansehung derjenigen Güter gestattet, welche vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr einer außergewöhnlichen Leckage ausgesetzt sind. Von der Verklagten ist aber nicht dargethan, daß Sprit einer solchen außergewöhnlichen Leckage ausgesetzt sei.

Die jetzt ausgesprochene Abweisung der klagenden Handlung rechtfertigt sich aber aus dem den Bestimmungen des Betriebsreglements entnommenen Einwande, weil sich der Empfänger des beschädigten Fasses zur Zeit der Entstehung des Schadens im Verzuge der Annahme befunden hat.

Nach § 14, c, Nr. 1 dieses Reglements soll die Abholung solcher Güter, welche von der Eisenbahnverwaltung nicht in das Haus des Empfängers geschafft zu werden brauchen, innerhalb 24 Stunden nach der Ankunft erfolgen, und nach § 16 a. a. O. lagern Güter, deren Annahme verzögert wird, auf Gefahr des Absenders.

Diese Bestimmungen laufen der Vorschrift des Art. 395 des H.-G.-B.s nicht zuwider. Die Folgen des Verzugs sind nach Art. 1 des H.-G.-B.s aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Landesgesetze herzuleiten, weil das H.-G.-B. über dieselben nichts bestimmt. Dieß ist auch im Centralorgan von 1863, S. 157 ausgeführt.

Das Handelsgericht zu Köln hat zwar in einem Erkenntnisse vom 23. Juli 1863 (Bd. II, S. 187 dieses Archivs) das Gegentheil angenommen, weil nach S. 173 der Motive zum preuß. Entwurfe des H.-G.-B.s der Art. 407 dem Frachtführer den Weg weise, auf dem er sich von der ferneren Sorge für das nicht abgelieferte Gut befreien könne. Hiernach müsse der Frachtführer, auch wenn der Empfänger mit der Abholung säumig ist, das Frachtgut wo anders deponiren, wenn er der Pflicht und Sorge der Aufbewahrung ledig werden wolle.

Die Motive zum preuß. Entwurf sprechen indeß von dieser Deponirung nicht als von einer dem Frachtführer unter allen Umständen obliegenden Verpflichtung, sondern sie sehen dieß nur als eine dem Frachtführer zustehende Befugniß an. *)

*) Der Frachtführer hat im Falle der verzögerten Abholung auch gar keine

Digitized by Google

Indeß betrifft Art. 407 auch nur die drei Fälle, wenn

1. der Empfänger nicht auszumitteln ist,
2. oder wenn er die Annahme verweigert, oder
3. Streit über die Annahme oder den Zustand des Gutes entsteht.

Von alle dem ist aber hier nicht die Rede. Hier haben die Empfänger die Annahme keineswegs verweigert. Es ist vielmehr über den Empfang der Gebinde bereits am 24. März 1865 quittirt, und die Abholung derselben, wie im 1. Erkenntniß richtig ausgeführt worden, lediglich im Interesse des Empfängers unterlassen.

Wenn § 16 des Betriebsreglements bestimmt, „daß nicht rechtzeitig abgeholte Güter auf Kosten und Gefahr des Absenders lagern," so widerspricht dieß nicht den Bestimmungen des H.-G.-B.s und stimmt mit der Vorschrift des § 16, I, 16. a. L.-R. überein. Vergl. Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts, Bd. 1, S. 690.

Nun wird aber in der Klage selbst behauptet, daß das streitige Faß bis zum 2. April 1865 unversehrt gewesen sei. Der Schade fällt also in die Zeit, in welcher die Gefahr bereits auf die Empfänger übergegangen war. Es wäre also Sache der Klägerin gewesen, nachzuweisen, daß der nach dem 2. April 1865 eingetretene Verlust des Sprits durch eine Verschuldung der Verklagten herbeigeführt worden. Das hat aber die klagende Handlung nicht gethan, und ist somit der erhobene Schädenanspruch nicht begründet.

Art. 402. (382. 405. 416.)

Dispositionsrecht des Destinatärs über das Frachtgut vor Uebergabe des Frachtbriefs am Bestimmungsorte*).

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 19. Dec. 1866. (Archiv f. Civ.- und Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 63, Abth. 1, S. 253.)

In Erwägung, daß der Schiffer, welchem die Waare aus einem Frachtbrief übergeben wird, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus

---

Veranlassung zu deponiren, da er die Abholung des Frachtguts durch den Empfänger in jedem Augenblicke zu erwarten hat.

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. II, S. 184. 469; Bd. III, S. 13; Bd. IX, S. 256.

Digitized by Google

dem Frachtvertrage mit seinem Befrachter im Contractsverhältnisse steht, und, da er diesem seine Dienste vermiethet, dessen Anweisungen und Dispositionen über das Gut, soweit nicht etwa seine eigenen Rechte aus dem Frachtvertrage verletzt werden, zu befolgen hat, sonach den Gewahrsam und den Besitz für den Versender, und nicht für den auf dem Frachtbrief bezeichneten Destinatär ausübt;

daß es sich dagegen anders verhält, wenn der Destinatär selbst der Befrachter des Schiffers ist, oder wenn der Versender sich ein Connossement oder einen Ladeschein von dem Schiffer hat zeichnen lassen, wodurch der Versender sich auch dem Schiffer gegenüber der freien Disposition über das Gut begibt (Art. 416 des H.-G.-B.s).

In Erwägung, daß ferner, wenn man für den Fall der Versendung mittelst Frachtbriefs (wegen der in dem Frachtbriefe ausgedrückten Verpflichtung des Frachtführers, das Gut an den Destinatär auszuliefern) dem Destinatär eine Legitimation und eine eigene Berechtigung zum Gute dem Schiffer gegenüber beilegt, hierbei vorausgesetzt wird, daß der Destinatär selbst vorher dem Frachtführer gegenüber seinen Willen, in den Frachtvertrag einzutreten, erklärt hat, und daß das Dispositionsrecht des Destinatärs nicht vor der Ankunft am Bestimmungsorte vorhanden sei, da nach dem Frachtbriefe, aus welchem dasselbe hergeleitet werden soll, der für den Versender oft sehr wichtige Wille und die Vereinbarung der Contrahenten niedergelegt ist, daß an dem im Frachtbriefe angegebenen Bestimmungsorte an den Destinatär abgeliefert werde;

daß, um dem Destinatär dem Frachtführer gegenüber ein weitergehendes, und zwar selbst auf dem Transporte zu übendes Dispositionsrecht über das Frachtgut zuzuschreiben, eine Anerkennung durch positives Gesetz oder festen Handelsgebrauch erforderlich sein würde, eine solche aber nicht vorhanden ist;

daß das deutsche H.-G.-B. vielmehr in den Bestimmungen des Art. 402 und 405 für ein dem Destinatär gegenüber dem Frachtführer zustehendes Dispositionsrecht über die Waare die oben bezeichneten Voraussetzungen zur Grundlage hat, und die Uebergabe des Frachtbriefes beziehungsweise die Ankunft am Bestimmungsorte als Vorbedingung fordert, dagegen im Art. 402 die die Regel bestätigt, daß bis dahin, daß diese Bedingungen eingetreten sind, der Frachtführer hinsichtlich der Auslieferung und Verfügung

Digitized by Google

über das Gut nur den Anweisungen seines Befrachters zu folgen hat, welche Regel auch für den Spediteur als Versender um so sicherer gilt, als der Art. 382 ihm selbst ein Pfandrecht gewährt, so lange er das Gut in Gewahrsam hat oder in der Lage ist, darüber zu verfügen, durch welchen letzteren Ausdruck unzweifelhaft auch sein Verhältniß zum Frachtführer während des Transportes mit bezeichnet wird.

Art. 406. (405. 416. 417. 419.)

Frachtgeschäft. Kann der Ladungsempfänger durch die Annahme der Ladung allein und ohne Uebertragung des Ladescheins an ihn verpflichtet werden, den Frachtvertrag zu erfüllen?

Erk. des Kreisgerichts zu Stettin vom 8. Juni 1866 und des Appel.-Gerichts zu Stettin vom 13. April 1867. (Original-Beitrag.)

Der Kläger, Kahneigner K., hatte nach Inhalt des von seinem Steuermanne gezeichneten Ladescheines an Ordre des Verladers Getreide nach Stettin geladen. Die Ladung ist an die verklagte Handlung abgeliefert. In seiner Klage wegen der Fracht gibt der Kläger an, er sei von der Handlung R. & L., welcher der Ladeschein girirt war, mit der Ladung an die Verklagte verwiesen worden.

Die Verklagte erhebt unter dem Bemerken, daß ihr der Ladeschein nicht girirt worden sei, den Einwand der fehlenden Passivlegitimation, wogegen der Kläger in der Replik behauptet, daß die Handlung R. & L. den Ladeschein allerdings an die Verklagte girirt habe.

Durch das Erkenntniß des k. See- und Handels-Gerichts zu Stettin vom 8. Juni 1866 ist der Einwand des Verklagten für erheblich erachtet, und zwar aus folgenden Gründen:

Dem Frachtführer gegenüber wird durch Annahme des Gutes nicht jeder Dritte, sondern der im Frachtbriefe bezeichnete resp. durch den Ladeschein oder dessen Giro legitimirte Empfänger verpflichtet, der im Frachtbriefe bezeichnete Empfänger übrigens auch nur dann, wenn er den Frachtbrief annimmt. Art. 405. 406. 416. 419 H.-G.-Buch. Es bedarf, um den Frachtvertrag für den Empfänger verbindlich zu machen, eines Rechtsmoments, durch welches constatirt wird, daß er auf Grund des Ladescheines oder Frachtbriefes das Gut annimmt. Ist daher nur die Handlung R. & L. durch Giro des

Digitized by Google

Ladescheins legitimirt, und hat nur auf deren Anweisung der Kläger an die Verklagte abgeliefert, so kann auf Grund des Ladescheins ein Frachtanspruch gegen die Verklagte nicht erhoben werden. Hiernach gehörte die erst in der Replik aufgestellte Behauptung, daß der Ladeschein der Verklagten girirt sei, schon zur Begründung der Klage und ist daher verspätet. —

In dem Erkenntnisse des k. Appellations-Gerichtes zu Stettin vom 13. April 1867 ist der fragliche Einwand der Verklagten verworfen und ausgeführt:

Die Klage allerdings ist insofern ungenau gefaßt, als darin behauptet wird, daß der Kläger von R. & L., an welche der Ladeschein girirt worden, an die Verklagte verwiesen und demnächst an diese die Ladung abgeliefert habe. Allein schon in der Replik wird dieß dahin erläutert, daß die Verklagte nicht etwa für R. & L., sondern für sich auf Grund des von diesen an die Verklagte girirten Ladescheines die Ladung in Empfang genommen habe, und in der Duplik wird hierauf ausdrücklich zugestanden, daß die Verklagte die Waare von R. & L. gekauft und behalten habe. Dadurch ist die Passivlegitimation berichtigt. Allerdings legitimirt nach Art. 417 H.-G.-B. das Giro des Ladescheins zum Empfange des Gutes dergestalt, daß der Schiffer verpflichtet ist, an den dadurch legitimirten Empfänger abzuliefern; dieß schließt jedoch nicht aus, daß der Schiffer sich auch auf andere Art Ueberzeugung davon verschaffen kann, wer der berechtigte Empfänger der Waare ist. Hat er an einen Unberechtigten abgeliefert, so wird er gleichwohl von diesem gemäß Art. 406 a. a. O. unbeschadet seiner Regreßpflicht gegen den berechtigten Empfänger seine Befriedigung wegen der Fracht verlangen können. Im vorliegenden Falle war aber die Verklagte unbestritten Eigenthümerin der Waare, ob durch Giro des Ladescheines oder auf andere Art, kann dahingestellt bleiben; ersteres muß aber auch angenommen werden, da es in der in Abschrift eingereichten, von der Verklagten nirgends bemängelten gerichtlichen Verhandlung v. 27. Juni ausdrücklich beurkundet wird.

Kz.

Art. 413—418. 647. 661.

Ausstellung eines **Ladescheines in zwei Exemplaren**, so daß beide für Einen gelten sollen. Haftung des Schiffers.

Digitized by Google

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 26. April 1864. (Seuffert, Archiv, Bd. 20, S. 270.)

Der Stromschiffer W. hatte von dem Kaufmanne M. eine Quantität Hölzer zum Kahn-Transporte an die Ordre von E. übernommen, und zwei an Ordre lautende Ladescheine, mit dem Zusatz: daß beide für Einen gelten, ausgestellt. Wegen widrigen Windes war er von dem Absender M. bewogen worden, auf der Reise umzukehren und die Ladung an M. zurückzuliefern. Der eine Ladeschein war inzwischen durch das Indossement des E. an den Kaufmann B. begeben, und dieser verlangte von dem W. den Ersatz der Ladung, wurde jedoch, weil er nur den einen Ladeschein besitze, von den Vorrichtern wegen mangelnder Legitimation zurückgewiesen. Aus der oberstrichterlichen Beurtheilung der Sache entnehmen wir Folgendes:

Bei der Prüfung des dem Appellationsrichter gemachten Vorwurfes, die Art. 303. 413—418. 647 u. 661 H.-G.-B. verletzt zu haben, ist daran festzuhalten, daß von dem Verklagten zwei Ladescheine, welche für Eins gelten, ausgestellt worden sind. Diese Art der Ausstellung des Ladescheins kann nur die Bedeutung haben, daß beide Ladescheine einen Ladeschein in einem Exemplare darstellen, und daß nur durch beide zusammen der Aussteller in der Weise, wie durch die Ausstellung eines Ladescheins in einem Exemplare, verpflichtet wird. Der Aussteller kann deshalb auch nur auf Grund beider Ladescheine zusammen so in Anspruch genommen werden, als wenn er einen Ladeschein in einem Exemplare ausgestellt hätte. Nur durch beide Ladescheine zusammen wird er mithin verpflichtet, nicht nur durch einen derselben. Ob und inwiefern es sich dagegen anders verhält, wenn ein Ladeschein in mehreren Exemplaren ohne den mehrgedachten Vermerk ausgestellt worden ist, das kann hier auf sich beruhen, und es namentlich unerörtert bleiben, ob alsdann ein Verhältniß eintritt, welches analog nach den von den Wechsel-Duplicaten handelnden Bestimmungen der Art. 66—69 der allg. deutsch. W.-O. und den Bestimmungen der Art. 644 flg. H.-G.-B. zu beurtheilen ist. Den bei dem Seeverkehr vorkommenden Connossementen ist das durch das H.-G.-Buch neu eingeführte Institut der Ladescheine für den Frachtverkehr nachgebildet; doch ist dabei nach Ausweis der Nürnberger Con-

Digitized by Google

ferenz-Protocolle, S. 1247 absichtlich unterlassen, über etwaige Duplicate der Ladescheine Vorschriften zu geben, um deren Beurtheilung und Ausbildung, wenn sich ein Bedürfniß für dieselben ergeben sollte, zuerst der Praxis anheimzugeben und deren Einführung für den Verkehr abzuwarten. Wenn also nach dem Vorstehenden der Verklagte nur auf Grund beider für Eins geltender Ladescheine, und nicht schon auf Grund eines derselben, zur Erfüllung der darin gegen den Empfänger übernommenen Verpflichtungen gehalten war, so erscheint es gerechtfertigt, daß der Appellationsrichter den Kläger zu dem gegen den Verklagten als Aussteller jener Scheine geltend gemachten Anspruche nicht befugt erachtet hat, weil derselbe sich nicht in dem Besitze beider, sondern nur eines der Ladescheine befunden hat. Der Appellationsrichter kann daher weder die Art. 303. 413—418 noch die Art. 647. 661 H.-G.-B. verletzt haben, und zwar die ersten nicht, weil dieselben nur Bestimmungen über die Verpflichtungen des Ausstellers eines Ladescheines enthalten, von ihrer Verletzung also nur dann würde die Rede sein können, wenn der Verklagte einen Ladeschein ausgestellt, und der Kläger sich in dessen Besitz befunden hätte, oder wenn der Kläger in dem Besitz der beiden für Eins geltenden Ladescheine durch Indossement gelangt wäre; die letzteren dagegen nicht, weil dieselben von der Ausstellung der Conossemente in mehreren Exemplaren handeln.

Ueberdieß kommt noch ganz besonders in Betracht, daß hier die Verpflichtung des Verklagten, als des Ausstellers der Ladescheine, dem Kläger gegenüber am Bestimmungsorte gar nicht in Frage steht, zu deren Erfüllung der Verklagte sich sehr wohl auch nur gegen die Vorlegung des einen der Scheine würde haben verstehen können, wenn ihm wegen der Herbeischaffung des anderen Scheines in geeigneter Weise Sicherheit bestellt worden wäre. Es handelt sich vielmehr lediglich darum, ob der Verklagte, wenngleich derselbe mit seiner Ladung gar nicht an den Bestimmungsort gelangt ist, die Ladung vielmehr an den Absender zurückgeliefert hat, zur Ersatzleistung durch Zahlung des Preises der Ladung an den Kläger, als den Inhaber des einen Ladescheins, verpflichtet ist, weil jetzt an diesen von ihm die Ablieferung nicht mehr geleistet werden kann. Diese Frage muß aber schon deßhalb verneint werden, weil der Verklagte jedenfalls berechtigt ist, zu seiner Sicherung

Digitized by Google

die Rückgabe auch des zweiten Scheines von dem Kläger zu fordern, hierzu aber der Letztere sich außer Stande befindet.

Art. 427, Nr. 1. (396.)

Die **Werthsangabe** in einem Frachtbrief unter der Rubrik: „valeur declaré à la douane" ist als der Eisenbahn-Gesellschaft, welche mit diesem Frachtbrief die Waare aus dem Auslande übernommen hat, gegenüber abgegeben nicht anzusehen.

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 22. Januar 1867. (Archiv für Civil- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 61, Abth. 1, S. 56.)

Die Handels-Gesellschaft Société linière klagte gegen die Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft den Werth von Waaren ein, welche im December 1864 auf dem Central-Güter-Bahnhofe zu Köln verbrannt waren. Die Verklagte wendete ein, daß nach § 23, Nr. 2 des Reglements für den Vereins-Güter-Verkehr der Werth eines Centners bei Frachtgütern nie höher als 20 Thaler angenommen werde, insofern ein höherer Werth nicht ausdrücklich auf dem Frachtbriefe an der dazu bestimmten Stelle declarirt sei; daß mithin, da der quaest. Frachtbrief die vorgeschriebene Werths-Declaration nicht enthalte, sich die Haftpflicht der Eisenbahn-Gesellschaft auf den Normalsatz von 20 Thaler pro Centner beschränke. Der App.-Hof erachtete diesen Einwand für begründet, indem er ausführte:

„In Erwägung, daß der Frachtbrief, womit die Eisenbahn-Gesellschaft als Frachtführerin das hier streitige Gut zum Transport übernommen hat, eine Werths-Angabe nur unter der Rubrik „valeur declaré à la douane" enthält; daß diese Declaration, da sie ihrem angegebenen Zwecke nach einer besonderen Verwaltungsstelle dient und das Frachtverhältniß an sich nicht berührt, als eine der Gesellschaft gegenüber abgegebene nicht zu betrachten, vielmehr der Frachtbrief so anzusehen ist, als wenn er eine Werth-Declaration nicht enthalte;

daß demnach der Ausnahmefall des Art. 427 des H.-G.-B. vorliegt, wonach, bei dem Mangel einer solchen, der von dem Frachtführer zu ersetzende Werth des verlornen Frachtgutes zu einem im

Digitized by Google

Voraus bestimmten Normal-Betrag vereinbart werden kann, somit aber der reglementsmäßigen Beschränkung der zu leistenden Entschädigung auf den von dem ersten Richter erkannten Satz ein gesetzliches Hinderniß nicht entgegensteht."

Art. 639. (584. 631. 642.)

Fautfracht. Rücktritt des Befrachters von dem Frachtvertrage wegen zufälliger Verzögerungen der Reise.

Erk. des Kreisgerichts zu Stettin vom 6. Decbr. 1865. (Original-Beitrag.)

Der Kläger verfrachtete durch die Chartepartie vom 24. März 1865 das von ihm geführte Schiff „Collegie Voorzorg" dem Verklagten zum Transport einer vollen und bequemen Ladung Roggen von Colberg nach einem guten und sichern Hafen der Maas. Das damals in Schiedam liegende Schiff sollte sofort via einem Kohlenhafen nach Colberg absegeln, wo es nach Entlöschung der einkommenden Ladung innerhalb 7 Tagen zu beladen war.

Am 1. April 1865, angeblich eine halbe Stunde nach dem Abgange von Schiedam, wurde das Schiff von dem englischen Schraubendampfer „Zephyr" übergesegelt, so daß eine Reparatur vorgenommen werden mußte, welche in Delfshaven bis zum 21. Mai 1865 ausgeführt wurde. Am 26. ej. ging das Schiff in See, zunächst nach Newcastle, wo es eine Ladung Kohlen einnahm, und traf am 13. Juni 1865 in Colberg ein. Als der Kläger sodann seine Bereitschaft zum Laden anzeigte, erwiderte der Verklagte, daß er den Frachtvertrag als aufgehoben betrachte. Der Kläger hält diesen Rücktritt nicht für berechtigt und fordert zwei Drittheile der bedungenen Fracht gemäß Art. 584 des H.-G.-B. als Fautfracht.

Der Verklagte, welcher bestreitet, daß der Kläger zur Zeit des vorgekommenen Unfalls die Reise bereits angetreten hatte, macht geltend, daß er das Schiff zum Transport einer Ladung Roggen gechartert, welche an ein Handlungshaus in Schiedam pr. März bis April 1865 zu liefern war und daher spätestens Ende April 1865 in Colberg habe verladen sein müssen; ferner daß er zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit wegen rechtzeitiger Abnahme und Lieferung des Roggens ein anderes Schiff befrachtet habe. Er ist mit Rücksicht

Digitized by Google

darauf, daß der Kläger erst lange nach Ablauf der angegebenen Lieferzeit in Colberg ankam, der Ansicht, daß der Zweck des geschlossenen Frachtvertrages vollständig vereitelt war, und daß die Chartepartie selbst eine Hinweisung auf jenen Zweck in der Bestimmung enthalte, daß der Kläger sofort nach Colberg absegeln sollte. Der Verklagte glaubt daher mit Bezug auf Art. 639. 631 des H.-G.-B. zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt gewesen zu sein, und er will, sobald er von dem Unfall Kenntniß erhalten, seinen Rücktritt noch in Schiedam dem Kläger angezeigt haben. Eventuell gesteht er nur die Hälfte der bedungenen Fracht als Fautfracht zu, indem er behauptet, den Rücktritt vom Vertrage erklärt zu haben, bevor der Kläger die Reise nach dem Abladungshafen angetreten hatte.

Die Klage ist durch das Erkenntniß des kgl. See- und Handels-Gerichts zu Stettin vom 6. December 1865 in der angebrachten Art abgewiesen, und zwar aus folgenden Gründen:

Fautfracht würde der Kläger fordern dürfen, wenn der Verklagte einseitig und willkürlich, ohne daß ihm ein sonstiger rechtlicher Grund zur Seite stände, vom Vertrage zurückgetreten wäre. In welchem Umfange ein solcher Rücktritt statthaft und welche Rechte und Verbindlichkeiten im Falle der Ausübung dieses exceptionellen Rücktrittsrechts für die Contrahenten entstehen, ist in den Art. 581 flg. des H.-G.-B. verordnet. Der Verklagte macht aber geltend, daß der Unfall, welcher das Schiff des Klägers betroffen, ihm einen gesetzlichen Grund gebe, von dem Vertrage abzugehen, ohne zur Entschädigung verpflichtet zu sein. Bei der Beurtheilung dieses Einwandes kommt es wesentlich auf das Verständniß und die Anwendbarkeit des Art. 639 des H.-G.-B. an.

An Stelle dieser Vorschrift lautete im Anschluß an die Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Contrahenten in dem Falle, daß die Erfüllung des Frachtvertrages durch Zufall unmöglich oder gefahrvoll, oder daß während der Reise eine Ausbesserung des Schiffes nothwendig wird, der Art. 516 des preußischen Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs:

> Verzögerungen, welche die Reise vor oder nach ihrem Antritt durch Naturereignisse erleidet, berechtigen weder den Befrachter noch den Verfrachter vom Vertrage zurückzutreten.

Digitized by Google

Diese Bestimmung wurde bei der ersten Berathung des Entwurfs außer auf Naturereignisse auch auf andere Zufälle erstreckt, und es wurde die Befugniß des Befrachters, die Güter wieder zu löschen, regulirt. S. 2447 der Hamburger Protocolle; Art. 568 des Entwurfs nach den Beschlüssen der ersten Lesung.

Bei der zweiten Lesung wurde ein Zusatz folgenden Inhalts beantragt:

> Ein Aufenthalt vor der Reise, wodurch die Erfüllung des Vertrages, insbesondere nach dessen Zweck, unmöglich würde, berechtigt den Befrachter, von dem Vertrage zurückzutreten, ohne zur Entschädigung verpflichtet zu sein.

Dazu wurde bemerkt — Prot. S. 3985 —: der Antrag habe nur eine Behinderung durch Zufälle, welche das Schiff treffen, im Auge. Nach der früheren Fassung des Art. 561:

> (Der Frachtvertrag tritt außer Kraft, ohne daß ein Theil zur Entschädigung des andern verpflichtet ist, wenn vor Antritt der Reise die Erfüllung des Vertrages durch Zufall, gleichviel ob er das Schiff oder die Ladung oder beide trifft, unmöglich oder unerlaubt wird)

sei die Bedeutung des Art. 568 weit enger gewesen, als sie nach den Beschlüssen der zweiten Lesung sein würde. Verzögerungen, welche von solcher Bedeutung seien, daß die Ausführung der Reise, wie sie von den Contrahenten beabsichtigt gewesen, dadurch unmöglich werde, hätten nach der frühern Fassung des Art. 561 zur Auflösung des Frachtvertrages geführt, während sie jetzt, nachdem der Art. 561 auf zwei einzelne Fälle beschränkt worden sei, unter Art. 568 fallen und auf den Fortbestand des Frachtvertrages ohne Einfluß bleiben würden. Dieß sei jedoch nicht gerechtfertigt. Wenn es auch nicht geboten erscheinen möge, die sofortige Auflösung des Frachtvertrages auszusprechen oder beiden Contrahenten ein Rücktrittsrecht zuzugestehen, wenn eines der im Antrage aufgeführten Ereignisse eintrete, so sei es doch auch nicht der Billigkeit entsprechend, den Befrachter unbedingt an denselben für gebunden zu erachten und ihm selbst ein Rücktrittsrecht zu versagen. Man möge nur des Falles gedenken, daß die Ladung aus leicht verderbenden Waaren, als Apfelsinen, Austern u. dergl. bestehe, daß in dem Augenblick, in welchem mit der Ladung begonnen werden solle, das Schiff durch einen Sturm beschädigt

Digitized by Google

worden und in Folge dessen einer voraussichtlich sechs Monate in Anspruch nehmenden Reparatur bedürfe. In einem solchen Falle stehe es gewiß mit der Natur der Verhältnisse im Widerspruch, wenn man dem Befrachter zumuthen wollte, daß er die Reparatur abwarte, die Ladung verderben lasse und dennoch die ganze Fracht bezahle. Nachdem bei Regelung der Bestimmungen über die Ladezeit, die Fautfracht und dergl. dem Befrachter zur Pflicht gemacht worden sei, die Ladung innerhalb einer gewissen Zeit zu liefern, und ihm hierbei selbst zufällige Hinderungen zur Last gelegt worden seien, scheine es nicht unangemessen, dem Verfrachter in der hier angedeuteten Beziehung die Tragung des Zufalls aufzuerlegen, wenn die Reise innerhalb einer entsprechenden Zeit nicht angetreten werden könne. Von selbst verstehe sich übrigens, daß in dem Antrage unter dem Zweck der Reise nur der von beiden Parteien gewollte und nicht auch der einseitig vom Verfrachter intendirte zu verstehen sei.

In der Discussion über diesen Antrag sprachen sich einige Mitglieder dahin aus, daß, wenn überhaupt eine Bestimmung im Sinne des Antrages aufgenommen werde, jedenfalls die Rechte der Contrahenten gleichgestellt werden müßten, da der Verfrachter ebensogut wie der Befrachter ein Interesse daran haben könne, nicht an den Vertrag gebunden zu sein, falls sich eine erhebliche Verzögerung vor Antritt der Reise zutrage, z. B. wenn er sich bereits zu andern Reisen verpflichtet habe, die er nicht würde ausführen können, wenn er an die erste Reise gebunden bliebe, und da die Bestimmungen über die Ladezeit, Fautfracht u. dergl. keinen genügenden Grund dafür böten, dem Befrachter mehr Recht einzuräumen als dem Verfrachter; denn wenigstens bei Entscheidung der Frage, ob der Verfrachter Fautfracht zu fordern berechtigt sei, fielen die meisten zufälligen Hinderungen der Abladung dem Verfrachter zur Last. Auch sei nicht abzusehen, weshalb die beantragte Bestimmung auf die vor Antritt der Reise sich ereignenden Verzögerungen beschränkt werden solle. So müsse z. B. eine Verzögerung der Reise, welche durch Verhängung eines wenn auch unverschuldeten Privatarrestes über das Schiff herbeigeführt werde, unter Umständen selbst dann zum Rücktritt vom Vertrage berechtigen, wenn sie auch erst nach Antritt der Reise eintrete. Man werde dem Befrachter, wenn ein solcher Arrest Jahre lang währe, gewiß nicht zumuthen wollen, dem Verfrachter

Digitized by Google

die Ladung fortwährend zu lassen und sich jeder andern Verfügung darüber zu enthalten.

Es wurde deßhalb folgende Bestimmung in Vorschlag gebracht: Ein Aufenthalt vor oder während der Reise, wodurch die Erfüllung des Vertrages insbesondere nach dessen Zweck unmöglich würde, berechtigt jeden Theil, von dem Vertrage zurückzutreten, ohne zur Entschädigung verpflichtet zu sein.

Beide Anträge wurden indeß abgelehnt. Später kam man auf Art. 568 nochmals zurück. Prot. S. 4067. Es war in Vorschlag gebracht, in den ersten Satz die Worte einzuschalten: „insofern der Inhalt des Vertrages nicht ein Anderes ergibt," um dadurch auszudrücken, daß derselbe auf diejenigen Fälle keine Anwendung leiden solle, in welchen der ganze von den Parteien erkennbar beabsichtigte Zweck des Vertrages nicht mehr erreicht werden könnte, wenn die Contrahenten die Aufhebung des die Verzögerung der Reise veranlassenden Hindernisses abwarten müßten und fortwährend an den Vertrag gebunden blieben, daß in solchen Fällen vielmehr die Rechte und Pflichten der Parteien nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen seien.

Diese Auffassung fand Unterstützung, indem es für wünschenswerth gehalten wurde, zu verhindern, daß Art. 568, Satz 1 auch auf die Fälle der eben erwähnten Art unbedingt Anwendung finde. Es wurde auch als angemessen betrachtet, daß die Frage, welche Rechte die Contrahenten in den berührten Fällen haben sollten, im Gesetz nicht entschieden, sondern der Beurtheilung nach Maßgabe der allgemeinen Rechtsgrundsätze überlassen werde, da die frühere Discussion ergeben habe, daß eine zutreffende allgemeine Bestimmung hierüber nicht aufgestellt werden könne. Es wurde jedoch der beantragte Zusatz beanstandet und bemerkt: Der Satz „insofern der Inhalt des Vertrages nicht ein Anderes ergibt" werde voraussichtlich dahin verstanden werden, daß die Anwendbarkeit des Art. 568 nur dann ausgeschlossen sein solle, wenn die Parteien vereinbart hätten, es sollten auch noch andere Verzögerungen als die in Art. 562 — 565 bezeichneten die Aufhebung des Frachtvertrages, beziehungsweise ein Rücktrittsrecht zur Folge haben, während dieß die Meinung des Antrags nicht sein könne, Art. 568 vielmehr auch dann außer Anwendung bleiben müsse, wenn die Contrahenten zwar etwaiger Ver-

Digitized by Google

zögerungen der Reise keine besondere Erwähnung gethan hätten, wohl aber aus dem Inhalte des Vertrages sich ergebe, daß durch denselben ein gewisser, nach Abwartung der Verzögerung offenbar nicht mehr zu erreichender Zweck verfolgt werden solle. Es wurde deßhalb empfohlen, den ersten Satz des Artikels wie folgt zu fassen:

> Abgesehen von den Fällen der Art. 562—565 hat ein Aufenthalt, welchen die Reise vor oder nach ihrem Antritt durch Naturereignisse oder andere Zufälle erleidet, auf die Rechte und Pflichten der Contrahenten keinen Einfluß, es sei denn, daß der erkennbare Zweck des Vertrages durch einen solchen Aufenthalt vereitelt würde.

Dieser Antrag ist nach wiederholter Ablehnung der frühern Vorschläge einstimmig angenommen und als Art. 639 unter Allegirung der Art. 631—638 in das Handelsgesetzbuch übergegangen.

Maßgebend für diese Vorschrift ist also die Erwägung gewesen, daß nicht blos die in den Art. 631 flg. erwähnten Ereignisse, sondern auch sonstige Zufälle auf den Bestand des Frachtvertrages Einfluß üben könnten, und daß auf dergleichen sowohl der Befrachter als der Verfrachter sich berufen dürfe. Vornehmlich ist dabei an Verzögerungen gedacht, welche durch Zufälle, die das Schiff treffen, herbeigeführt werden. Da es sich um die Einwirkung zufälliger Ereignisse auf die Rechte und Pflichten der Contrahenten handelt, so versteht es sich, daß das Contractsverhältniß bereits zu der Zeit bestanden haben muß, als die geltend gemachten Umstände eintraten. Dagegen macht es keinen Unterschied, ob die Reise bereits angetreten war oder nicht; der Zufall kann in gleicher Weise wirken, mag er vor oder nach Beladung des Schiffs, im Abladungshafen oder unterwegs vorgekommen sein. Nur kann nach vollständiger Erfüllung des Vertrages nicht mehr von Geltendmachung eines dann erst eingetretenen zufälligen Ereignisses die Rede sein.

Weitere Voraussetzung des Art. 639 ist, daß der Zweck des Vertrages vereitelt wird, und daß dieser Zweck erkennbar ist. Damit ist nicht ausgesprochen, daß der Zufall den von beiden Theilen beabsichtigten Zweck unmöglich gemacht haben muß, um die von dem Gesetze zugelassene Bedeutung zu haben. Obwohl bei den Berathungen eine solche Bestimmung angeregt wurde, ist dem keine Folge gegeben. Insofern der Art. 639 nicht ausdrücklich darüber Bestimmung trifft,

Digitized by Google

ob der Zweck beider Theile oder auch nur der des einen Theils gemeint ist, muß auf die allgemeinen Rechtssätze zurückgegangen werden. Diese finden sich in den §§ 378 flg. I, 5 allg. L.-R., und darnach wird in beiden Fällen den veränderten Umständen Rechnung getragen.

Die Erkennbarkeit des Zweckes endlich kann durch ausdrücklichen Inhalt des Vertrages hergestellt sein; sie kann aber auch aus der Natur des Geschäfts sich von selbst ergeben, und ist hier wie dort für beide Theile gleichmäßig wahrnehmbar. Deßhalb ist es unterlassen, zu verlangen, daß der Fall zufälliger Verzögerungen in dem Frachtvertrage ausdrücklich vorgesehen sein müsse; es ist für hinreichend angenommen, daß aus dem Inhalte des Vertrages sich die Unmöglichkeit der Erreichung des beabsichtigten Zweckes bei Abwartung der eingetretenen Verzögerung ersehen läßt. Das ist z. B. der Fall, wenn eine dem Verderben unterworfene Waare Inhalts des Vertrages transportirt werden soll und nun eine zufällige Verzögerung von einer voraussichtlich so langen Dauer vorkommt, daß unterdessen die Waare verdirbt; ferner wenn in dem Vertrage Zeitbestimmungen über die Ausführung des Transports festgesetzt sind, deren Innehaltung durch Zufall unmöglich wird. Auch in letzterem Falle ist der bedungene Transport nicht ausführbar, und daß dadurch das Interesse beider Contrahenten in hohem Grade berührt werden kann, ergibt sich aus den mitgetheilten Motiven. So ist es nicht blos für eine Verzögerung, sondern für eine Verhinderung der Reise angesehen worden, wenn bei einer Verfügung von hoher Hand die von derselben betroffene Zeit für den Frachtvertrag entscheidend und der gewollte Transport dadurch unmöglich geworden ist. Prot S. 2387 flg. Und gerade die vertragsmäßigen Zeitbestimmungen sind es, welche eine Berücksichtigung bei der Frage nach der Möglichkeit der Erreichung des beabsichtigten Zweckes besonders verdienen.

Was nun die Folge von dem Eintritte zufälliger Ereignisse in der in Rede stehenden Beziehung ist, hat das H.-G.-B. nicht entschieden; nur insofern im Art. 642 die Bestimmung des Art. 639 unter denjenigen aufgeführt ist, welche die Zulässigkeit der Auflösung des Frachtvertrages regeln, ist angedeutet, daß auch in dem im Art. 639 behandelten Ausnahmefalle die Aufhebung des Frachtvertrages erfolgen kann. So ist es denn auch nach den zur Anwendung kom-

Digitized by Google

menden §§ 378 flg. I, 5 allg. L.-R. Darnach kann jeder der Contrahenten zurücktreten, wenn der von beiden beabsichtigte Zweck unmöglich zu erreichen ist, und eine Entschädigung hat nur derjenige zu leisten, durch dessen freie Handlung die Veränderung der Umstände bewirkt worden ist. §§ 378. 379. Wird nur der Zweck des einen Contrahenten vereitelt, so kann auch dieser zurücktreten; er muß aber Entschädigung leisten, wenn er die Veränderung der Umstände selbst herbeigeführt, oder wenn diese Veränderung sich in seiner Person ereignet, oder wenn er sie in der Person des Andern veranlaßt hat. Dagegen kann der Zurücktretende Schadloshaltung fordern, wenn der Andere die in seiner Person eingetretene Veränderung durch eigene freie Handlung herbeigeführt hat, während keinem Theile Entschädigung gebührt, wenn die Veränderung in der Person des Anderen erfolgte. §§ 379—384.

Wird nach diesen Grundsätzen das vorliegende Sachverhältniß beurtheilt, so ist zunächst außer Zweifel, daß ein Aufenthalt durch ein zufälliges Ereigniß, welches das Schiff des Klägers betroffen, verursacht ist, und zwar ist dieß geschehen nach Abschluß der Chartepartie vom 24. März 1865. Ob das stattgehabte Uebersegeln vor oder nach Antritt der Reise vorgekommen, ist ohne Erheblichkeit; indeß mag darauf hingewiesen werden, daß nach Art. 642 H.-G.-B., wenn das Schiff zur Einnahme der Ladung eine Zureise in Ballast nach dem Abladungshafen zu machen hat, die Reise erst dann als angetreten gilt, wenn sie aus dem Abladungshafen angetreten ist, und daß der Fall, in welchem sich der Kläger befand, dem soeben erwähnten gleichzustehen scheint, da die nachgelassene Einnahme von Kohlen in einem englischen Hafen nicht für Rechnung des Verklagten geschah und insofern nicht unter den Gegensatz zu der im Art. 642 getroffenen Bestimmung fällt, daß die Befrachtung zugleich auf Rückladung geschieht. Es kommt jedoch auf diese Unterscheidung nicht an. — Die Beschädigung des Schiffes hat eine Reparatur zur Folge gehabt, welche den Wiederantritt der Reise erst am 26. Mai 1865 nach des Klägers Angabe zuließ. Es ist also ein Aufenthalt von fast zwei Monaten verursacht. Der Kläger hat die Reise über einen englischen Kohlenhafen in der Zeit vom 26. Mai bis 13. Juni zurückgelegt; darnach würde er voraussichtlich am 19. April in Colberg eingetroffen sein, wenn sein Schiff nicht beschädigt worden wäre, und er hätte zum

Digitized by Google

26. April das Schiff zur Einnahme der Ladung fertig stellen können, während er dieß jetzt erst zum 20. Juni ermöglichte. Der Unterschied in der Zeit ist daher keineswegs unerheblich. Es fragt sich indeß, wie sich hierzu der erkennbare Zweck des Vertrages verhält. Daß der Verklagte anderweit Verpflichtungen zur Lieferung von Roggen in bestimmter Frist eingegangen war, ist weder aus der Chartepartie noch daraus zu entnehmen, daß eben Roggen zu transportiren war. Dagegen legt der Verklagte mit Recht auf die contractliche Festsetzung Gewicht, daß das Schiff sofort nach Colberg absegeln sollte. Allerdings war dabei dem Kläger gestattet, einen Kohlenhafen anzulaufen; in wessen Interesse, kann füglich unerörtert bleiben, obwohl es einleuchtend zu sein scheint, daß sicherlich der Kläger und wahrscheinlich auch der Verklagte Nutzen davon hatte. Die Ausführung des Klägers aber, daß wegen des Anlaufens eines Kohlenhafens eine schleunige Ankunft in Colberg nicht zu erwarten gewesen, ist nicht zutreffend, sofern er damit der Abrede, daß die Reise von Schiedam sofort anzutreten war, jede Bedeutung nehmen will. In der Abreise durfte er sich durch die Erlaubniß, einen Kohlenhafen anzulaufen, nicht aufhalten lassen, und auch die Weiterreise mußte er mit dem durch die Modification derselben von selbst gegebenen Aufenthalt unverzüglich fortsetzen. Der Inhalt der Stipulation war also der, daß die Reise nach dem Kohlenhafen sofort angetreten und nach Einnahme der Kohlenladung nach Colberg sofort weitergeführt werden sollte. Dem entsprechend konnten die Parteien beurtheilen, wann die Ankunft in Colberg zu erwarten stand. Indem der Verklagte unter diesen Bedingungen eine Ladung Roggen zusicherte, drückte er unzweideutig aus, daß er den Transport derselben ohne weiteren Aufenthalt als den durch die Zwischenladung entstehenden ausgeführt wissen wollte, und der Kläger hat sich dazu erboten. Der auf diese Weise erkennbar gemachte Zweck des Transportes — möglichst schleunige Ausführung desselben — ist vollständig dadurch vereitelt, daß das Schiff während fast zwei Monate reparirt werden mußte. Im Monat Juni war es nicht mehr möglich, die am 24. März bedungene sofortige Zureise nach dem Abladungshafen anzutreten, und der Verklagte hat eine ihm zustehende Befugniß ausgeübt, wenn er seinen Rücktritt von dem Vertrage erklärte.

Daraus folgt, daß der Kläger unter keinen Umständen Faut-

Digitized by Google

fracht zu fordern hat. Ob ihm eine sonstige Entschädigung gebührt, läßt sich nicht beurtheilen, da hierauf die Klage nicht gerichtet ist. Es bleibt möglich, daß er einen solchen Anspruch hat, wobei es dann darauf ankommen kann, ob der Kläger zur Anzeige des Unfalls verpflichtet war, ob er bei Unterlassung dieser Anzeige jeder Entschädigung verlustig gegangen ist, ob der Verklagte so rechtzeitig, daß er keine Vergütigung zu leisten braucht, den Vertrag gekündigt hat. Da über einen solchen Entschädigungsanspruch nicht zu erkennen war, so ist die Klage nur in der angebrachten Art abzuweisen gewesen. Kz.

Art. 653.

Ueber die Bedeutung der Clausel des Frachtvertrages, daß der Schiffer zur Vermeidung einer Conventionalstrafe bei des Befrachters Agenten zu clariren hat.

Erk. des Appellationsgerichts zu Stettin v. 13. April 1867. (Original-Beitrag.)

Der Kläger, Schiffscapitän B., lieferte auf Grund eines an Ordre lautenden, dem Verklagten, Kaufmann D., girirten Connossements eine Ladung Kohlen ab. Das Connossement bestimmte, daß die Fracht und das Ueberliegegeld bezahlt wird mit anderen Bedingungen betreffs Adresse, Clarirung ꝛc. nach der Chartepartie. Diese enthält folgende Stipulation:

> Das Schiff ist adressirt an den Empfänger der Ladung, zahlend die übliche Commission von 2 Procent vom Frachtbetrage, und hat zu clariren bei Befrachters Agenten im Entlöschungshafen, oder es empfängt 1 L. per 20 Tons Fracht weniger im Unterlassungsfalle.

Der Verklagte, welchem der Befrachter sein Recht aus der Chartepartie cedirt hat, bezeichnete dem Kläger den Kaufmann W. als denjenigen, bei welchem clarirt werden sollte. Da dieser Anweisung nicht Folge geleistet wurde, machte der Verklagte auf Grund der erwähnten Bestimmung des Frachtvertrages einen Frachtabzug geltend.

Das Erkenntniß des k. Appellations-Gerichts zu Stettin vom 13. April 1867 spricht sich über diese Forderung, wie folgt, aus.

Es ist nicht zweifelhaft, daß die angeführte Clausel der Charte-

Digitized by Google

partie die Stipulation einer Conventionalstrafe enthält; nicht die Vergütigung einer Leistung des Schiffers kann damit bezweckt sein, wenn ihm im Falle der Clarirung bei des Befrachters Agenten eine höhere Fracht bewilligt ist, als im entgegengesetzten Falle. Denn die Clarirung ist keine besondere Mühwaltung, und ein überall von dem Schiffsführer zu besorgendes Geschäft. Der Zweck dieser Bestimmung kann daher nur sein, das Interesse seines Befrachters oder seines Agenten sicherzustellen, indem der Schiffsführer durch eine Pön in Form eines Frachtabzuges gebunden wird, hierin den Willen des Befrachters zu erfüllen.

Der Verklagte hat, da er die Conventionalstrafe fordert, zu erweisen, daß die Voraussetzungen der Fälligkeit der Strafe eingetreten sind. Voraussetzung der Fälligkeit ist dem Wortlaute nach, daß der Schiffsführer unterlassen hat, bei des Befrachters Agenten zu clariren. Dieß aber hat der Verklagte gar nicht behauptet und unter Beweis gestellt, sondern nur, daß der Kläger nicht bei der von ihm bezeichneten Person clarirt habe. Er geht hierbei offenbar von der Ansicht aus, daß das Giro oder die Cession der Chartepartie ihm die Befugniß übertragen habe, den Agenten zu bezeichnen, oder daß selbstredend nach dem Uebergange des Eigenthums der Ladung von dem Empfänger alles das gelte, was in den Ladungspapieren betreffs des Befrachters festgesetzt ist. Dieß ist irrig. Nach Art. 653 H.-G.-B. tritt allerdings der Ladungsempfänger durch Erwerbung des Connossements in alle Rechte und Pflichten des Befrachters ein, soweit in dem Connossemente auf die Chartepartie Bezug genommen ist, — selbstverständlich indeß mit den Einschränkungen: soweit ein Uebergang der Rechte und Pflichten noch für die Ausführung des Frachtvertrages erforderlich ist, soweit die Interessen des Befrachters und des Ladungsempfängers nicht von einander abweichen, und soweit der Vertrag nicht ausdrücklich etwas anders festsetzt.

Welches Interesse die vorliegende Clausel hervorgerufen hat, ist aus dem Vertrage selbst nicht ersichtlich; da aber die Clarirung (Vorlegung der Papiere und Stellung der Ladung zur zollamtlichen Abfertigung) ein Geschäft ist, welches einen gleichen Erfolg haben muß, von wem es auch besorgt werden mag, weil die Gesetze das Verfahren für alle Fälle bestimmt haben und keine Einwirkung einer Privatperson auf dasselbe gestatten, so läßt sich schließen, daß die

Digitized by Google

Clausel darauf hinzielt, dem Geschäftsfreunde des Befrachters einen Verdienst zuzuwenden, oder durch eine dem Befrachter bekannte und sein Vertrauen besitzende Persönlichkeit Rechte desselben der Zollbehörde gegenüber zu wahren. In beiden Fällen ist ein persönliches Interesse des Befrachters und nicht ein für ihn und den Ladungsempfänger gemeinsames das Motiv. — Da die Chartepartie diese Bestimmung enthält, hat nun ferner der Ladungsempfänger nicht nöthig, einen Agenten zur Besorgung der Clarirung dem Schiffsführer zu bezeichnen; diese Person ist schon bezeichnet, es ist also in Bezug auf diesen Punkt nichts mehr von Rechten und Pflichten übrig, deren Erfüllung zur Ausführung des Frachtvertrages erforderlich ist.

Aus dem angeführten Art. 653 H.-G.-B. ergibt sich also nicht, daß durch Erwerbung des Connossements der Verklagte die Befugniß erhielt, zu verlangen, daß der Schiffsführer bei einer von ihm bezeichneten Persönlichkeit clarire. Er erhielt sie auch durch die ausdrückliche Cession nicht. Was an Rechten und Pflichten übertragbar war, war nach dem eben Erörterten durch die Erwerbung des Connossements übertragen; die Cession hat keinen Gegenstand. Es ist hierbei zu bemerken, daß in der Clausel nur ein Recht für den Befrachter constituirt ist, die Clarirung bei seinem Agenten, event. die Conventionalstrafe zu verlangen, und daß nicht zwei Rechte bestellt sind, 1. einen Agenten vorzuschreiben, 2. die Clarirung bei diesem zu fordern. Bei der Annahme des Gegentheils wird die thatsächliche Voraussetzung und das Rechtsverhältniß verwechselt. Nicht wer des Befrachters Agent sein sollte, hat durch die Clausel festgesetzt werden sollen; die Existenz eines solchen Agenten ist eine Thatsache außerhalb des Vertrages; sondern nur das, daß der Schiffsführer bei dieser Person clarire, event. Strafe zahle. Nur die relative Bezeichnung im Vertrage kann zu einer irrigen Auffassung Anlaß gegeben haben. War des Befrachters Agent gleich benannt, hieß es z. B.:

> hat zu clariren bei W., Befrachters Agenten,

so war keine Auffassung möglich, daß der Ladungsempfänger einen Agenten zu bezeichnen hatte. Hätte nun im Gegentheil die Clausel gelautet:

> und behält sich Befrachter vor, zu bestimmen, bei welchem Agenten Kläger zu clariren hat, und ist Kläger verbunden, bei diesem zu clariren, im Unterlassungsfalle ꝛc.

Digitized by Google

so war nicht zweifelhaft, daß erst durch den Vertrag dem Befrachter eine Befugniß zur Bezeichnung des Agenten mit rechtlichen Folgen gegeben war. Die Cession konnte nur Rechte übertragen, nicht das Thatsächliche außerhalb des Vertrages modificiren. Kz.

Art. 658.

Irrthum bei der Angabe des Maßes im Connossement.

Erkenntniß des ostpreuß. Tribunals zu Königsberg vom 4. December 1866. (Original-Beitrag.)

Der Schiffscapitän L. hatte für die Handlung H. & Co. laut Connossement 189 Tons Kohlen über See transportirt.

Die gedachte Handlung hatte ihm von seiner Frachtforderung die Fracht für 20 Tons mit p. p. 42 L. deshalb abgezogen, weil er in der That nur 169 Tons geladen gehabt.

Das Commerz- und Admiralitätscollegium zu Königsberg verurtheilte die gedachte Handlung jedoch zur Zahlung der Fracht auch für diese 20 Tons, wesentlich auf Grund des Art. 658 des H.-G.-B.s.

Auf die Appellation der Verklagten ist der Kläger durch das Erkenntniß des ostpreußischen Tribunals zu Königsberg v. 4. December 1866 mit diesem Theile seines Anspruchs aus folgenden Gründen abgewiesen:

Der Art. 658 des H.-G.-B.s bestimmt zwar:

> Ist die Fracht nach Zahl, Maß oder Gewicht der Güter bedungen und im Connossement Zahl, Maß oder Gewicht angegeben, so ist diese Angabe für die Berechnung der Fracht entscheidend, wenn nicht das Connossement eine abweichende Bestimmung enthält. Als eine solche ist der Zusatz: „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt" oder ein gleichbedeutender Zusatz nicht anzusehen.

Allein schon in erster Instanz haben die Befrachter mit notariell beglaubigter Unterschrift und in zweiter Instanz förmlich und eidlich versichert, daß bei der Niederschreibung des Connossements in der Anzahl der Tons ein Irrthum vorgefallen, und daß das Schiff „Emma" nicht 189, sondern nur 169 Tons Kohlen geladen habe. Abgesehen davon, daß der Kläger selbst dieses Connossement mit der

Digitized by Google

Clausel: „Gewicht unbekannt" vollzogen hat, ist durch jene Zeugnisse ein theilweiser Irrthum im Wesentlichen des Geschäfts festgestellt, welcher insoweit das Connossement entkräftet. Die Sache liegt daher so, als laute das Connossement auf 169 Tons; daraus folgt, daß der Kläger die bedungene Fracht nur für diese wirklich verladenen 169 Tons fordern kann.

Art. 810.

Die in den Police-Bedingungen einer Versicherungs-Gesellschaft dem Versicherungsnehmer ganz allgemein auferlegte **Pflicht**, jede anderweit schon auf den Versicherungs-Gegenstand geschlossene Versicherung bei Verlust des Entschädigungs-Anspruchs **anzuzeigen**, beschränkt sich nicht blos auf die anderweitigen Versicherungen durch den **Versicherungsnehmer**, sondern findet auch für die dem Letzteren bekannten Versicherungen **dritter Personen** statt.*)

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 6. Decbr. 1866. (Archiv für Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 60, Abth. 1, S. 270.)

Gründe sind nicht mitgetheilt.

Art. 810.

Die Clausel einer Versicherungs-Police, wonach der Versicherte den Entschädigungs-Anspruch verlieren soll, wenn in dem Versicherungs-Antrage nicht alle **auf die Feuergefährlichkeit einwirkenden Umstände angegeben** waren, kann von der Versicherungs-Gesellschaft nicht geltend gemacht werden, wenn der **Agent** derselben den **Versicherungs-Antrag selbst geschrieben**, und sich vor Abschluß des Versicherungs-Vertrages von dem Vorhandensein der in demselben nicht angegebenen, auf die Feuergefährlichkeit einwirkenden Umstände in den versicherten Localien **Kenntniß verschafft** hat.**)

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. IV, S. 463; Bd. IX, S. 325; Bd. X, S. 407.

**) Siehe die vorhergehende Anmerkung.

Digitized by Google

Erk. des App.-Ger.-Hofs zu Köln vom 28. Febr. 1867. (Archiv für Civ.- u. Crim.-R. der Rheinprovinz, Bd. 61, Abth. 1, S. 38.)

In Erwägung, daß die Gesellschaft (Appellantin) gestützt auf den § 12 der Police den Entschädigungs-Anspruch deßhalb bestreitet, weil der Verbindlichkeit des § 4, im Versicherungs-Antrage alle auf die Feuergefährlichkeit einwirkenden Umstände anzugeben, vom Versicherten nicht nachgekommen sei;

in Erwägung, daß in dieser Beziehung allerdings feststeht, daß in dem Erdgeschoß des Gebäudes sich eine mit Dampf betriebene Appretirerei und Färberei des Vaters des Falliten Fischer (des Versicherten) befand, und auch dazu gehörige Materialien darin waren;

daß aber in dem Versicherungs-Antrag davon nichts gesagt ist, sondern als der im Gebäude stattfindende Gewerbebetrieb nur die Knopffabrik (das Object der Versicherung) angegeben und die Frage, ob außer den versicherten feuerfangende Gegenstände in dem Gebäude lagern, verneint ist;

in Erwägung, daß dieser Einrede gegenüber Appellaten (Falliment Fischer) den Beweis erbieten, daß der Agent der Gesellschaft den Versicherungs-Antrag geschrieben habe, was Appellantin nicht verabredet, daß aber auch derselbe vor Abschluß des Versicherungs-Vertrages von den Localitäten, in welchen die versicherten Gegenstände vorhanden, und von deren innern Einrichtung genaue Einsicht genommen, namentlich auch von der Färberei und Appretirerei des Vaters des Falliten Fischer im Einzelnen sich genaue Kenntniß verschafft habe;

in Erwägung, daß nun nicht bestritten werden kann, daß der Agent als solcher nicht befugt ist, den Versicherungs-Vertrag selbst mit dem Versicherungssucher zu schließen, und nicht befugt, von den Bedingungen der Gesellschaft Abweichendes gültig zu stipuliren;

daß bei der Anwendung dieser Bedingungen auf den gegebenen Fall und insbesondere bei der Frage, was demgemäß der Versicherungssucher in concreto wirklich zu thun hat, der Agent der Gesellschaft, der als solcher für dieselbe die Versicherung zu besorgen hat, und zur Besorgung der Versicherung ausdrücklich von ihr bestellt ist, naturgemäß die einzige Person ist, an welche (da er den Sinn und die Intentionen der von der Gesellschaft aufgestellten Er-

Digitized by Google

forderniſſe kennen muß) der Verſicherungsſucher ſich wenden kann, und deſſen Anweiſung und Belehrung er in dieſer Beziehung zu folgen berechtigt iſt; daß daher auch das Geſetz vom 8. Mai 1837, § 31 den Agenten dem Staate gegenüber für die Richtigkeit des Verſicherungs-Antrages verantwortlich erklärt und eben dadurch ſchon die bloße Willkür des Verſicherungsſuchers dabei ausgeſchloſſen iſt;

daß, wenn in dem dem Agenten ertheilten Mandat zur Beſorgung von Verſicherungen für die Geſellſchaft auch nicht die Pflicht enthalten iſt, die Anfertigung des Antrages ſelbſt zu beſorgen, doch eine ſolche Thätigkeit nicht als außerhalb der Grenzen jenes Mandats, vielmehr als im Intereſſe der Geſellſchaft ſelbſt liegend erſcheint, weil einestheils dadurch im Allgemeinen das Verſicherungsgeſchäft erleichtert, anderntheils im einzelnen Falle der Geſellſchaft eine größere Gewähr richtiger und dem Zweck entſprechender Anträge gegeben wird;

daß ſich daher nicht ſagen läßt, daß der Agent bei Anfertigung des Antrages lediglich als Mandatar des Verſicherungsnehmers handele und über ſeine Befugniſſe als Agent der Geſellſchaft zur Beſorgung der Verſicherungen hinausgreife;

daß hiernach die von den Appellanten zum Beweiſe articulirten Thatſachen erheblich erſcheinen und die Mängel des Verſicherungs-Antrages dadurch gedeckt ſein würden.

Art. 825, Nr. 4.

Geht der Anſpruch auf die **Verſicherungsſumme** verloren, wenn der Verſicherte durch übermäßigen **Genuß von Spirituoſen** ſein Leben verkürzt hat?

Erk. des Kreisgerichts zu N. u. des Appellat.-Gerichts zu N. (Deutſche Verſicherungs-Zeitung Nr. 43, vom 30. Mai 1867. Jahrg. VIII, S. 250.)

Eine Lebensverſicherungs-Geſellſchaft verweigerte die Auszahlung einer Verſicherungsſumme, weil der Verſicherte ſeinen Tod durch den übermäßigen Genuß von Spirituoſen herbeigeführt habe, und weil nach den Statuten die Verſicherungsſumme verfalle, „wenn der Verſicherte ſein Leben durch muthwillige oder gefahrvolle Handlungen verkürze oder verliere.“ Sie wurde jedoch auf die von den

Digitized by Google

Erben angestellte Klage zur Zahlung der Versicherungssumme in beiden Instanzen verurtheilt.

Der erste Richter führte aus: „Es kann von keinem „muthwilligen" Handeln die Rede sein, wenn der Versicherte durch seine Trunksucht sich das Leben verkürzt haben sollte. Derjenige, welcher diesem Laster ergeben, findet in dem fortgesetzten Trinken einen so unwiderstehlichen Reiz, daß er nicht entsagen kann. Einem so genußsüchtigen Menschen kann also nicht die Absicht untergelegt werden, daß er durch den fortgesetzten Genuß von Spirituosen doloser Weise sich das Leben verkürzen wolle. Unter „gefahrvollen" Handlungen sind nur die mit einem besondern Risico verknüpften zu verstehen. Dieser nahen und unabweisbaren Todesgefahr ist kein Trunkenbold ausgesetzt."

Der zweite Richter führte aus: „Der Trunkenbold folge nur dem unwiderstehlichen Reize, welchen ihm der Genuß geistiger Getränke verursacht, handele also nicht muthwillig. Und gefahrvoll sei eine Handlung nur dann, wenn mit ihr eine unmittelbare, nahe und unvermeidliche Gefahr verbunden sei."

Art. 910.

Ist die Policen-Bedingung, daß der Entschädigungs-Anspruch **binnen sechs Monaten** nach dem Brande anhängig zu machen sei, als eine **Bedingung** oder ein **Vertrag über die Verjährung** aufzufassen? Begriff der Anhängigmachung.*)

Erk. des Ober-Tribunals zu Berlin vom 7. Juni 1866. (Striethorst, Archiv, Bd. 64, S. 138.)

Der Art. 20 der allgemeinen Versicherungs-Bedingungen der Versicherungs-Gesellschaft „Deutscher Phönix" zu Frankfurt a. M. lautet:

> Alle nicht innerhalb sechs Monaten vom Tage des Brandes an, entweder durch beiderseitige schriftliche Uebereinkunft festgesetzte, oder durch eine förmliche und vollständige Klage des Versicherten vor dem zuständigen Civilgerichte anhängig gemachten Ansprüche auf Entschädigung sind kraft dieses Versicherungs-Vertrages erloschen.

*) Vgl. Busch, Archiv, Bd. V, S. 366; Bd. VI, S. 87. 90; Bd. XI, S. 323.

Digitized by Google

Der zweite Richter nennt den auf diesen Artikel gestützten Einwand des Beklagten einen Einwand der Verjährung, und nimmt an, bei Feststellung des Begriffes der „Anhängigkeit" müßten, da die Parteien hierüber nichts besonders verabredet hätten, die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zum Anhalt dienen. Diese erachteten aber die bloße Anmeldung der Klage bei dem gehörigen Richter zur Unterbrechnng der Klageverjährung (und darum handele es sich hier) für ausreichend (§ 551 L.-R., I, 9). Es ist aber bereits in den Erkenntnissen des Ober-Tribunals vom 13. Mai 1851 (Entsch., Bd. 21, S. 64; Striethorst, Bd. 2, S. 130) *) und vom 25. Januar 1849 (Entsch., Bd. 17, S. 362) ausgeführt, daß eine derartige Stipulation keinen Vertrag über eine Verjährung, sondern eine Bedingung enthält.

Als Verjährung ist es nach § 500, I, 9 des allg. L.-R. zu betrachten, wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit, wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte, eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht. Die Schadenersatzforderung des Versicherers wird dadurch allein, daß ein Brand stattgefunden hat, noch nicht begründet, sondern es muß zugleich feststehen, daß dadurch versicherte Gegenstände beschädigt oder vernichtet worden sind. Eine Willenserklärung ist nach dem § 100, I, 4 allg. L.-R. bedingt, wenn das dadurch entstehende Recht von einem Ereigniß, welches eintreffen oder nicht eintreffen soll, abhängig gemacht worden. Die Police gibt dem Versicherten kein absolutes Recht auf Schadenersatz, sondern macht ein solches Recht davon abhängig, daß binnen sechs Monaten, vom Tage des Brandes an gerechnet, bestimmte Schadensersatzansprüche durch schriftliche Uebereinkunft der Parteien festgestellt, oder seitens des Versicherten durch eine förmliche und vollständige Klage anhängig gemacht werden. Beide Thatsachen würden sich mithin als Bedingungen darstellen, ohne daß die Schlußworte des Art. 20, wonach alle übrigen Schadensersatzansprüche kraft dieses Vertrages erloschen sein sollen, hierin etwas ändern könnten. —

Die Gesellschaft hält zwar auch den § 48b, I, 7 der allg. Ger.-O. für verletzt, wonach die Rechtshängigkeit (Litispendenz) der

*) Vgl. auch Striethorst, Archiv, Bd. 38, S. 34; Bd. 48, S. 321; Bd. 50. S. 295.

Digitized by Google

Sache durch eine gehörig erlassene und richtig insinuirte Vorladung resp. durch Edictalcitation bewirkt wird. Von der Rechtshängigkeit der Sache muß jedoch das Anhängigmachen von Ansprüchen durch eine Klage unterschieden werden; sowie z. B. der § 4, Nr. 2 allg. G.-O., Thl. I, Tit 5 eine Befragung des Klägers darüber vorschreibt, ob über die Sache, weshalb er klagen will, etwa schon ein anderer Proceß anhängig und darin bereits eine Citation ergangen sei. Mit dem Charakter einer von dem Versicherten zu erfüllenden Bedingung würde es auch nicht harmoniren, wenn der von dem Willen desselben nicht abhängige, vielmehr nach der Thätigkeit des Gerichts und zufälligen Umständen sich regelnde Zeitpunkt der Klagebehändigung entscheidend sein sollte. Das Anhängigmachen der Entschädigungsansprüche seitens des Versicherten vor dem zuständigen Gericht durch eine förmliche und vollständige Klage läßt sich mithin nicht so verstehen, daß diese Klage binnen sechs Monaten der Versicherungs-Gesellschaft behändigt sein müsse, sondern es genügt, daß die fraglichen Ansprüche durch eine derartige Klage vor dem erwähnten Gericht innerhalb der stipulirten Frist geltend gemacht werden.

Kann der Gemeinschuldner während der Dauer des Concurses eine Provocationsklage ex lege diffamari anstellen?

Erk. des Stadtgerichts zu Berlin v. 27. Sept. 1867.

In dem Concurse über das Vermögen der Wittwe Rehmann, Besitzerin der unter der Firma A. F. Rehmann zu Berlin betriebenen Eisengießerei und Maschinenbau-Anstalt, hatte der Maschinenbaumeister L. verschiedene Forderungen im Gesammtbetrage von 2933 Thlr. angemeldet. Die Rehmann wünschte die Aufhebung des Concurses durch Einwilligung der Gläubiger herbeizuführen, konnte dazu aber die des L. nicht erlangen, dessen Forderungen sämmtlich bestritten waren. Ein Antrag zu den Concursacten, den Massenverwalter zur Anstellung der Diffamationsklage gegen L. zu veranlassen, wurde abgelehnt, mit dem Bemerken, daß die Concurs-Massenverwaltung kein Interesse an der Verfolgung der Ansprüche des L. habe und der Gemeinschuldnerin das Weitere überlasse. Hierauf klagte

Digitized by Google

letztere gegen L. mit dem Antrage, den Verklagten zu verurtheilen, seine gedachten Forderungen innerhalb 8 Tagen durch Anstellung der gerichtlichen Klage geltend zu machen, widrigenfalls ihm ein ewiges Stillschweigen über diese seine vermeintlichen Ansprüche aufzuerlegen.

Die Verklagte hielt dagegen die Klage für unzulässig und beantragte deren Zurückweisung. Nach diesem Antrage ist denn auch seitens des Stadtgerichts zu Berlin unterm 27. Sept. 1867 erkannt.

Die Gründe führen aus:

Wenngleich der Gemeinschuldnerin als solcher die Proceßfähigkeit nicht schlechthin abzusprechen sei, so sei doch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugniß derselben hinsichtlich des zur Concursmasse gehörenden Vermögens mit der Concurseröffnung auf die Gläubigerschaft übergegangen (§ 4 d. Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855). Der Cridarin fehlten also bezüglich der in das Rechtsgebiet der Concursmasse fallenden Processe die active und die passive Legitimation zur Sache. Im Allgemeinen möge nun dieser Mangel in Ansehung der Activ-Legitimation durch die Erklärung der Gläubigerschaft, den Proceß nicht einstellen zu wollen und das betreffende Recht dem Cridar zur eigenen Verfügung zu überlassen, ergänzt werden können.*) Anders aber verhalte es sich mit der Provocatio ex lege diffamari. Diese bezwecke, den Provocaten zur Verfolgung eines an sich dem Gebiet der Concursmasse angehörenden vermögensrechtlichen Anspruchs zu nöthigen. Sie falle also in das Bereich der Passiv-Legitimation und gehöre nur scheinbar in Folge der Vertauschung der Parteirollen dem der Activ-Legitimation an. In dieser Sphäre aber reiche die ablehnende Erklärung der Gläubigerschaft oder gar des Concurscommissars (Richters) zur Ergänzung der mangelnden Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners nicht aus. Die Gläubigerschaft trete hier vielmehr ohne Weiteres und mit Nothwendigkeit an dessen Stelle (§ 8 a. a. O.). Möge aber immerhin ein Verfahren gegen den Cridar unter Verzicht auf Befriedigung aus der Concursmasse für zulässig erachtet werden,**) so könne der Gemeinschuldner doch niemals einen Gläubiger zu einer solchen Beschränkung seiner gesetzlichen Rechte nöthigen. —

*) Vgl. die Abh. Deutsche Ger.-Zeitg, Neue Folge, Bd. I, S. 239 flg.

**) Dieß ist controvers — s. a. a. O., S. 241.

Digitized by Google

Abgesehen von der Sach-Legitimation sei indessen auch die weitere materielle Begründung der Klage zu vermissen. Die Anmeldung von Forderungen zum Concurse falle nicht unter den Begriff des Berühmens, welches dem vermeintlichen Schuldner das Recht geben könnte, den Prätendenten zur Verfolgung seiner Ansprüche bei Vermeidung der Präclusion anhalten zu lassen (§ 1. 2, I, 32 allgem. Ger.-Ord.)*). Dieselbe enthalte vielmehr einen gesetzlichen Gebrauch von Befugnissen, zu dem die Gesetze und der Richter sogar aufforderten (§ 164 d. Conc.-Ord.). Die weitere Verfolgung der Anmeldung aber hänge durchaus von dem freien Ermessen des anmeldenden Gläubigers ab. Es bleibe ihm überlassen, die Einleitung des Specialprocesses zu betreiben (§ 229 das.). Versäume er dieß, so bestimme das Gesetz selbst den Nachtheil, welcher ihn dafür treffe, dahin, daß er bei den stattfindenden Vertheilungen nicht berücksichtigt werde (§ 255 das.). Weitere Nachtheile seien ihm nicht aufzuerlegen. Weder der Gemeinschuldner, noch die Gläubigerschaft könnten den Anmeldenden nöthigen, seine Befriedigung aus der Concursmasse zu suchen, oder schon jetzt, von dieser Befriedigung absehend, gegen den Gemeinschuldner vorzugehen. Die bereits gemeinrechtlich**) controverse Frage, ob die Diffamationsklage auch bezüglich bedingter oder betagter Ansprüche zulässig sei, könne hier ganz auf sich beruhen bleiben. Denn die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Schuldner enthalte eine Beschränkung der Forderung von ganz besonderer Art, welche die Gesetze eben deßhalb auch besonders behandelten, indem sie dem Gläubiger einen Weg zur beschränkten Geltendmachung seines Rechts zwar eröffneten, ihn aber nicht an denselben bänden, sondern ihm freistellten, ob er es vorziehen wolle, abzuwarten, bis vielleicht Gelegenheit zu seiner dereinstigen vollen Befriedigung werde geboten werden. Die Klägerin verkenne

*) Der Begriff des Berühmens ist im preuß. Recht allerdings weiter als im gemeinen Recht. Es genügt, daß sich Jemand von freien Stücken einen Anspruch zuschreibt — s. Entsch. des Ober-Trib., Bd. 45, S. 464; Deutsche Ger.-Zeitg., 1862, S. 167.

**) Vgl. Seuffert, Arch., Bd. 6, S. 119. Holzschuher, Theorie und Casuistik, 2. Ausg., Bd. 1, S. 166. Striethorst, Arch. f. Rechtsf., Bd. 12, S. 197. Im preuß. Recht ist die gemeine Meinung für die Unzulässigkeit; s. Ulrich's Archiv, Bd. 3, S. 389 flg.; Hinschius, Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1840, S. 126; Koch, Civilproceß, 2. Ausg., S. 759. —

Digitized by Google

das Wesen des Concurses, wenn sie dieses freie Ermessen ihres vermeintlichen Gläubigers beschränken wolle. Die Klage sei daher nach allen Richtungen hinfällig. —

Das Erkenntniß ist rechtskräftig geworden. — Kch.

II. Die durch die Gesetze vom 20. September und 24. December 1866 mit dem Königreich Preußen vereinigten Landestheile.

a. Bezirk des Appellationsgerichts Frankfurt a. M.

Zu Buch I, Tit. 5 u. 6.

Die Befugnisse des Agenten.

Die Handlung J. C. F. Heise in Hamburg verklagte den Kaufmann Joh. Val. Schleidt in Frankfurt a. M. auf Zahlung der dem gelieferten Cigarren. Schleidt entgegnete, daß er die Cigarren theilweise bezahlt, theilweise zur Disposition gestellt habe und zwar beides an den in Frankfurt bestellten Agenten der Klägerin, Schinkenberger. Dieser sei von der Klägerin zur Vornahme solcher Rechtshandlungen bevollmächtigt gewesen, wenigstens habe dieselbe, ohne je zu reclamiren, auch in anderen Fällen und anderen Kunden gegenüber sich stets diese Vertretung durch Schinkenberger gefallen lassen.

Das Stadtamt in Frankfurt a. M. legte nun hierauf dem Beklagten zu beweisen auf,

entweder: daß Schinkenberger von der Klägerin zum Empfang von Geld und Waaren bevollmächtigt gewesen,

oder: daß Schinkenberger für Klägerin ohne Beanstandung von deren Seite bei deren Kunden Gelder, Dispositionswaaren ꝛc. in Empfang genommen, darüber quittirt, Differenzen geordnet, Nachlässe bewilligt habe,

indem das Stadtamt ausführte:

a. ob derjenige, welcher von einem Kaufmanne zum Geschäftsabschlusse an einem von dessen Etablissement entfernten Orte angestellt ist, als Handlungsbevollmächtigter im Sinne des H.-G.-B.s Art. 47 zu betrachten sei oder nicht, ist — soweit nicht ausdrückliche Vereinbarungen vorliegen — eine nach den besonderen Verhältnissen zu beurtheilende Thatfrage.

v. Hahn, Comm. zum a. d. H.-G.-B., I, S. 156.

Soviel ist jedoch als feststehend anzunehmen, daß die (häufig als

Digitized by Google

„Agenten" bezeichneten) Personen, welchen von einem Kaufmanne, ohne daß sie in einem Dienstverhältnisse zu ihm stehen, die Vermittlung von Verkäufen übertragen ist, im Allgemeinen nicht als Handlungsbevollmächtigte im Sinne des Art. 47 zu gelten haben und daß insbesondere deren Bevollmächtigung zur Annahme von Waaren und Zahlungen nicht zu präsumiren ist.

Brinckmann, H.-R., § 107, Anm. 7.
Lutz, Protocolle, S. 104 flg.
Wolff, die rechtl. Stellung des Agenten in Malß, Zeitschrift für Vers.-R., I, S. 212 flg.
Entsch. des Justizamtes Forderglauchau und des H.-G. München in Loehr, Centralorgan, I, S. 417 u. 641.

b. Es ist demnach dem Beklagten der Beweis seiner Behauptung aufzuerlegen, daß Schinkenberger von der Klägerin bevollmächtigt gewesen sei zur Vornahme der fragl. Handlungen und bedarf es hierzu nicht des Nachweises einer ausdrücklichen Vollmacht, sondern genügt es schon, wenn nachgewiesen wird, daß dem Schinkenberger durch Vereinbarung oder thatsächlich von der Klägerin eine solche Stellung eingeräumt gewesen sei, daß sich daraus die fraglichen Befugnisse als nothwendige Folge ergeben, und muß es deshalb dem Beklagten gestattet sein, seine Beweisführung auf alle hierzu tauglichen Momente zu erstrecken, während die Entscheidung über die Relevanz der von beiden Seiten hervorgehobenen Umstände im Ganzen oder im Einzelnen je nach dem Ergebnisse des Beweisverfahrens dem Endurtheile vorbehalten bleiben muß.

c. Beklagter stützt sich weiter darauf, daß Schinkenberger bei dem Beklagten und anderen Kunden der Klägerin Gelder und Dispositionswaaren in Empfang genommen, darüber quittirt, Differenzen geordnet, Nachlässe bewilligt habe, und daß Klägerin diese Vertretung durch Sch. anerkannt habe, indem sie ihren Kunden gegenüber nicht dagegen reclamirt habe. Auch diese Behauptung ist dem Beklagten zum Beweise zu verstellen, da eine Verpflichtung des Principals auch durch seinen vermuthlichen Willen begründet und bestimmt werden kann.

l. 8 D. quod cum eo 14, 5.
Thöl, H.-R., S. 182 flg.
Wolff, a. a. O., S. 213 flg.

Digitized by Google

Indessen ist auch hier dem Endurtheile die Entscheidung vorzubehalten, inwieweit etwa der Nachweis auch nur eines Theils der vorher angegebenen Thatumstände für genügend oder andererseits der zu erweisende Umfang der Vertretung als zutreffend anzunehmen sein werde.

Das Stadtgericht in Frankfurt a. M. bestätigte durchaus das stadtamtliche Erkenntniß. Wf.

Zu Art. 61.

Dienstvertrag auf ein Jahr mit dreimonatlicher Kündigung. — Rechtliche Wirkung eines solchen Vertrages bei stillschweigender Fortsetzung.

In Sachen des Kaufmannes Heinrich Friedberg aus Bingen gegen Kaufmann Moritz Rapp in Frankfurt a. M. haben wir (auf der nächstfolgenden Seite) ein Erkenntniß des Stadtgerichts zu Frankfurt mitgetheilt, welches sich dahin aussprach, daß, wenn zwischen Principal und Handlungsgehülfen ein Dienstvertrag auf ein Jahr mit dreimonatlicher Kündigungsfrist sich nicht von selbst und ohne deßfallsige ausdrückliche Vereinbarung auf die nach Ablauf des fraglichen Jahres stillschweigend erfolgte Fortsetzung des Dienstvertrages beziehe, vielmehr in diesem Falle das Dienstverhältniß von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden könne.

Das Appellationsgericht trat zwar darin der Ansicht des Stadtgerichts bei, daß in einem solchen Falle nicht behauptet werden könne, daß nach Ablauf des fraglichen Jahres ohne vorausgegangene Kündigung der Dienstvertrag nunmehr als wieder auf ein Jahr erneuert zu betrachten sei, dagegen war es, was die Kündigungsfrist betrifft, anderer Ansicht als das Stadtgericht. Es nahm nämlich an, daß die vertragsmäßige Bestimmung, daß vor Ablauf des Jahres ein Vierteljahr zu kündigen sei, dahin zu verstehen sei, daß damit statt sechswöchentlicher Aufkündigung des Gesetzes eine vierteljährige eintreten solle und zwar auch für die stillschweigende Fortsetzung des Dienstvertrages, da ohne eine solche Auslegung nicht einzusehen sei, was mit einer solchen Bestimmung bezweckt werden wollte.

Digitized by Google

Zu Art. 61.

Ist ein Handlungsgehülfe auf eine bestimmte Zeit engagirt, so tritt nach Ablauf dieser Zeit keine stillschweigende relocatio auf eine bestimmte Zeit ein, sondern es sind für die spätere Zeit des Dienstverhältnisses lediglich die Bestimmungen des Art. 61 des allg. d. H.-G.-B. maßgebend.

M. R. in Frankfurt a. M. engagirte Heinrich F. aus Bingen als Commis auf ein Jahr v. 1. Mai 1865 bis 1. Mai 1866 mit dreimonatlicher Kündigung vor Ablauf des Jahres. Am 2. Juli 1866 kündigte nun M. R. dem Heinrich F. den Dienstvertrag auf den 1. Oct. 1866. F. nahm jedoch diese Kündigung nicht an, sondern behauptete, daß, da R. ihm nicht ein Vierteljahr vor dem 1. Mai 1866 gekündigt habe, nunmehr der Vertrag stillschweigend als auf ein weiteres Jahr abgeschlossen zu betrachten sei, weßhalb er berechtigt sei, gegen Leistung bez. Anerbieten seiner Dienste den stipulirten Gehalt bis zum 1. Mai 1867 von M. R. zu beanspruchen.

Heinrich F. wurde jedoch mit seiner deßfallsigen Klage von dem Stadtgericht in Frankfurt a. M. abgewiesen, weil es an einer ausdrücklichen Vorschrift darüber fehle, für welche Zeitdauer die Erneuerung des Dienstvertrages bei nicht eingetretener Kündigung stattzufinden habe, ob wiederum auf ein volles Jahr oder ob die gesetzliche Bestimmung einzutreten habe (Art. 61 des H.-G.-B.s), daß das Dienstverhältniß von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden könne; man aber sich umsomehr für die letztere Ansicht entscheiden müsse, da Kläger nach seinem eigenen Vortrage die Bedingungen gestellt hat und es daher an ihm, zumal als dem locator, gelegen hätte, sich deutlicher auszusprechen, wenn er beabsichtigt haben sollte, daß auch die relocatio jeweilig auf ein volles Jahr hätte ausgedehnt werden sollen.

l. 39. D. de pactis II, 14,

Für diese Ansicht spreche auch die analoge Anwendung von

l. 13 § ult. D. loc. cond. 19, 2,

da aus dem Wesen des fraglichen Dienstverhältnisses nicht auf die

Digitized by Google

Nothwendigkeit der längeren Zeitdauer einer stillschweigend eintretenden relocatio gefolgert werden könne,

Glück, Pand., XVII, S. 294 flg.

Beklagter daher auch berechtigt gewesen wäre, dem Kläger v. 2. Juli 1866 auf den 1. October 1866 zu kündigen. Wf.

Zu Art. 324. 342. 351. 355. 356. 357.

Hat auch bei dem Platzgeschäfte der Käufer dem Verkäufer die Gefäße zur Aufnahme der Waare zu liefern? — Beweislast je nach der processualischen Lage, je nach den Behauptungen der Parteien.

Bäckermeister Johann Jonas Schmidt in Frankfurt a. M. klagte gegen den Mühlenbesitzer Joseph Georg Mohr daselbst, der letztere habe ihm im Mai 1866 50 Malter Waizenmehl Nr. 1 zu 11 Fl. 30 Kr. das Malter verkauft, aber nicht geliefert. Da eine bestimmte Lieferzeit nicht bedungen war, habe er am 6. November den Beklagten nochmals aufgefordert, ihm spätestens bis zum 12. November zu liefern und ihm dabei angedroht, daß er im Falle der Nichtlieferung Schadensersatz wegen Nichtlieferung beanspruchen werde. Da der Beklagte auch jetzt noch die Lieferung abgelehnt, so verlange er jetzt die Differenz zwischen dem Kaufpreise von 11 Fl. 30 Kr. und dem Marktpreise des Mehls vom 12. November, welcher 15 Fl. 30 Kr. betragen habe.

Der Beklagte entgegnete: er habe zwar am 9. April (nicht im Mai) dem Kläger 50 Malter Waizenmehl binnen 4 Wochen zu liefern zugesagt, aber nur unter der Bedingung, daß vor Ablauf dieser Zeit der Kläger ihm die zur Aufnahme des Mehls erforderlichen Säcke zu liefern hatte. Es sei dieß eine conditio sine qua non gewesen, da er ohne die Säcke das Mehl nicht liefern konnte und nicht zu liefern brauchte. Aber die Säcke seien trotz mehrfacher Aufforderung nicht geliefert worden, vielmehr habe Kläger erklärt, er wolle lieber gar kein Mehl, womit er, Beklagter, einverstanden gewesen sei. Die notarielle Aufforderung an ihn, zu liefern, sei jedenfalls werthlos gewesen, da er nichts mehr zu liefern hatte.

Durch Erkenntniß v. 25. Februar 1867 wies das Stadtamt zu Frankfurt a. M. den Kläger mit seiner Klage ab, weil der Gegenstand des Kaufs eine bestimmte Quantität Mehl bilde, und

Digitized by Google

die Erfüllung des Kaufgeschäfts auf Seiten des Verkäufers am Orte seiner Geschäftsniederlassung geschehe, welche Bestimmung des Handelsgesetzbuchs auch dann in Anwendung zu kommen habe, wenn beide Contrahenten in demselben Orte ihre Geschäfte betreiben. Nun habe aber Beklagter seine Verpflichtung erfüllt, wenn er die zugesagte Quantität Mehl zur Disposition des Käufers hielt und es war des Letzteren Sache, alle Handlungen vorzunehmen, welche zum Transporte des Fabrikats von dem Locale des Verkäufers an den Bestimmungsort erforderlich waren. Hierzu gehört aber, wenn die Beschaffenheit der Waare es mit brachte, daß deren Transport eine Fassung in Säcke erheischt, sowohl das Liefern der Säcke als das Fassen selbst. Vorstehende aus Art. 324 des H.-G.-B.s entspringende Verpflichtungen des Käufers können zwar durch Vertrag oder feststehenden Handelsgebrauch auf den Verkäufer übergehen, in dieser Richtung hat aber Kläger weiter nichts behauptet, als die „Lieferungspflicht des Beklagten in geschäftsüblicher Emballage" und zwar diese gerade, weil eine besondere Verabredung getroffen worden sei. Für die Beziehung auf den Handelsgebrauch kommt aber in Betracht, daß nach der eigenen Darstellung „Kläger bald Säcke dem Beklagten lieferte, bald nicht." Ob in Folge der Nichtlieferung der Säcke das ganze Kaufgeschäft als aufgehoben zu betrachten, mag dahingestellt bleiben, da sich jedenfalls Beklagter, welcher nach eigener Angabe Klägers im Juni 1866 letzteren zur Zusendung der Säcke aufforderte, sich nicht im Verzuge befand und die ergangene notarielle Aufforderung darum als wirkungslos erscheint.

Das Stadtgericht bestätigte das stadtamtliche Erkenntniß: Da in Gemäßheit der Art. 324 u. 342 des H.-G.-B.s nicht der Beklagte verpflichtet war, das streitige Mehl in das Magazin des Klägers transportiren zu lassen, sondern der Kläger es bei dem Beklagten abholen mußte, auch letzterer in seiner Eigenschaft als Müller das von ihm gemahlene Mehl nicht nothwendiger Weise in Säcke gefaßt aufbewahren muß, vielmehr zum Zwecke der Uebergabe des Mehls nichts weiter zu thun hatte, als dem Kläger das ungefaßte Mehl malterweise zuzumessen, während es Sache des Letzteren war, das ihm zugemessene Mehl in Empfang zu nehmen und wegtransportiren zu lassen, so war es auch, insofern zu dieser Empfangnahme und zu diesem Transporte Säcke erforderlich waren, unzweifel-

Digitized by Google

haft Pflicht des Klägers, für diese Säcke zu sorgen. Diese Verpflichtung des Käufers folgt indirect aus Art. 351 des H.-G.-B.s, wonach in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs der Verkäufer die Kosten der Uebergabe, insbesondere des Messens und Wiegens, der Käufer dagegen die Kosten der Abnahme zu tragen hat. Hieraus folgt aber, daß der Beklagte bezüglich der Lieferung des streitigen Mehls so lange nicht im Verzuge sein konnte, als der Kläger sich nicht mit den nöthigen Säcken zu dessen Empfange bei ihm einfand oder wenigstens seine Bereitwilligkeit hierzu bestimmt erklärte.

Durch Urtheil v. 18. September 1867 hob jedoch das Appellationsgericht das stadtamtliche Erkenntniß auf und legte dem Beklagten zu beweisen auf:

entweder, daß bei Abschluß des Geschäfts über die von dem Beklagten an Kläger innerhalb der Monate April bis Juni 1866 zu 11 Fl. 30 Kr. per Malter versprochene Lieferung von 50 Malter Waizenmehl die Bedingung festgestellt wurde, daß der Kläger innerhalb einer vierwöchentlichen Lieferzeit oder bei Ablauf derselben dem Beklagten die zur Aufnahme des Mehls nöthigen leeren Säcke zu liefern habe;

oder, daß dieses Geschäft später durch Uebereinkunft der Streittheile ausdrücklich wieder aufgehoben worden ist.

Gegen die zweite Alternative wurde dem Kläger noch insbesondere der Beweis vorbehalten,

daß der Beklagte nach dem Juni 1866 die 50 Malter wiederholt versprochen habe;

und zwar aus folgenden Gründen:

Der Beklagte hat eingeräumt, mit dem Kläger das fragliche Lieferungsgeschäft abgeschlossen zu haben, auch zugegeben, daß ihm die notarielle Aufforderung zur Lieferung zugekommen ist. Der Kläger gründet seinen Schadensersatz-Anspruch wegen Nichtlieferung der 50 Malter Mehl, dessen Factoren (Geschäftsabschluß, Ankaufspreis von Fl. 11. 30 Kr., Verzug des Verkäufers) liquid gestellt erscheinen, auf die Art. 355. 356 des H.-G.-B. Als letztes Moment zur vollen Liquidstellung des Anspruchs erübrigt demnach nur noch der Beweis des Marktpreises am 12. November 1866 von Fl. 15. 30 Kr. Denn abweichend von der Auffassung der beiden vorderen Richter kann dem Vorbringen des Beklagten, da von ihm eine genau einzuhaltende

Digitized by Google

Lieferzeit, ein sog. Fixgeschäft, nicht behauptet, geschweige näher begründet worden ist, nur die Bedeutung beigelegt werden:

1. daß bei Abschluß des Geschäfts eine Nebenberedung der Parteien stattgefunden habe, wonach der Abschluß nur unter der (wie feststeht, nicht erfüllten) Bedingung erfolgt sei, daß Kläger innerhalb vier Wochen nach Abschluß oder bei Ablauf derselben dem Beklagten die zur Aufnahme des Mehls erforderlichen leeren Säcke liefere, und

2. daß durch spätere Uebereinkunft der Parteien dieses Geschäft auch ausdrücklich wieder aufgehoben worden sei,

welche beiden Behauptungen von dem Kläger bestimmt in Abrede gestellt werden.

Die Behauptung: der Kläger habe eine ihm zum Zwecke der Empfangnahme des Mehls obliegende selbstverständliche gesetzliche Pflicht zur Beschaffung der leeren Säcke unterlassen, welche Verpflichtung von den beiden vorderen Instanzen aus den Bestimmungen der Art. 324. 342. 351 des H.-G.-B. abgeleitet worden ist, und deren vorgängige Erfüllung die Wirksamkeit der ergangenen Interpellation bedingen soll, hat der Beklagte zur Begründung seines Einwandes nicht vorgebracht.

Der durch die Aufforderung vom 6. November v. J., welcher vom Beklagten nicht entsprochen wurde, begründete Verzug desselben kann demnach auch nicht aus den von den vorderen Richtern entwickelten Gründen beseitigt und folgeweise auch nicht die sofortige Klagabweisung erkannt werden. Wirkungslos wäre die Interpellation nur dann gewesen, wenn entweder der Kläger vertragsweise zur vorgängigen Beschaffung der Säcke, welche er verweigert hat, dem Beklagten verpflichtet gewesen, oder zur Zeit der Aufforderung der Vertrag bereits durch Uebereinkunft gelöst gewesen wäre. Es war demnach, wie geschehen, auf Beweis zu erkennen.

Zu Art. 339. 347. 359.

Dispositionsstellung eines Theils der Lieferung. — Der Käufer erklärt einen Theil der vertragsmäßig in einer bestimmten Qualität zu liefernden Sendung für fehlerhaft; Beweislast dieserhalb.

Am 4. December 1865 hatte die Handlung Altschul & Neter in Frankfurt a. M. von dem Fabrikanten H. C. Stoeckicht in Barmen

Digitized by Google

eine Partie Stahlreifen bezogen und unter dem 2. Januar 1866 bei dem letzteren eine weitere Bestellung von Stahlreifen von derselben Qualität wie die zuerst gesandte gemacht. Von dieser zweiten Sendung vom 15. Januar stellte die Handlung Altschul & Neter jedoch, nachdem sie bei Verarbeitung der Stahlreifen sich von deren schlechter Qualität überzeugt hatte, den unverarbeiteten Rest zur Disposition, weil derselbe von schlechterer Qualität als die erste Sendung gewesen, die Reifen verbrannt seien und wie Glas zerbrächen.

Stoeckicht klagte jedoch den Kaufpreis gegen Altschul & Neter ein und hob hervor, daß durch die Verarbeitung eines Theils der Reifen die Beklagte des Rechts zur Dispositionsstellung verlustig geworden sei, andererseits aber dieselbe unter dem 22. Januar 1866 an den Kläger geschrieben habe:

„die erste Sendung sei ebenso miserabel wie die letzte,"

worin das Anerkenntniß liege, daß die zweite Sendung mit der ersten übereinstimme, also contractmäßige Lieferung und darum auch von der Beklagten anzunehmen und zu bezahlen sei.

Das Stadtamt in Frankfurt a. M. legte dem Kläger den Beweis auf:

daß die zur Disposition gestellte Waare brauchbar, d. h. nicht von verbranntem, brüchigem Stahl sei,

indem dasselbe ausführte, daß

a. aus der Verarbeitung einzelner Stücke um so weniger eine Genehmigung der Waare gefolgert werden könne, da nur die unverarbeiteten Stücke zur Disposition gestellt worden seien, eine theilweise Dispositionsstellung aber bei einer Waare, die kein untheilbares Ganzes bilde, vollkommen zulässig sei; daß

b. es sich hier nicht um Qualität, d. h. um größere oder geringere Güte der Waare im Sinne des Art. 335 handle, sondern um einen Mangel, der jede Qualität als unbrauchbar erscheinen lasse und bei keiner vorkommen dürfe, weshalb Kläger die Brauchbarkeit in dieser Richtung zu erweisen habe; daß sich auch

c. der Kläger nicht darauf berufen könne, daß die Beklagte die frühere Sendung für ebenso miserabel als die letzte erklärt habe, indem Kläger behauptet, daß beide Sendungen gut gewesen seien, ihm also auch nicht gestattet sein kann, bei diesem Widerspruche seiner Behauptung mit der der Beklagten zu seinen Gunsten eine Folgerung

Digitized by Google

zu ziehen, die auf der Voraussetzung beruhen muß, daß seine eigene Behauptung unwahr ist.

Auf die Beschwerde des Klägers in Betreff der Beweislast normirte das Stadtgericht in Frankfurt a. M. den dem Kläger auferlegten Beweis dahin,

> daß die ihm von der Beklagten zur Disposition gestellten Stahlreifen von derselben Beschaffenheit seien, wie diejenigen, welche die Beklagte von ihm mit Factura vom 4. December 1865 erhalten habe,

weil, wenn auch

1. die Beschwerde des Klägers, daß Mängel, wie die von der Beklagten behaupteten, nicht von ihm, sondern von der letzteren zu erweisen seien, an und für sich begründet ist, indem es sich hier um das Vorhandensein solcher Fehler der Waare handelt, für welche der Verkäufer einzustehen schon gesetzlich verbunden ist, in diesen Fällen aber die exceptio non rite adimpleti contractus sich als eine wirkliche Einrede darstellt und mithin von dem Käufer zu beweisen ist,

> Erk. des O.-A.-G. Lübeck i. S. Ranke c. Lüdekind in Römer's Sammlung, III, Nr. 228,

so doch

2. hier in Betracht kommt, daß in vorliegendem Falle übereinkunftsmäßig Waare von der gleichen Qualität (d. h. ganz allgemein „Beschaffenheit," nicht aber nur gleiche Sorte) zu liefern war, in welchem Falle die Gleichheit beider Sendungen als ein dictum promissum und somit gerade so wie der Fall bestrittener Mustermäßigkeit zu behandeln, von dem Kläger zu erweisen ist, welchen Beweis übrigens Kläger auch dadurch führen kann, daß er den von dem Stadtamt ihm auferlegten Beweis erbringt, indem die Beklagte die Ungleichheit der fraglichen Sendung der ersten gegenüber in einer anderen Richtung gar nicht behauptet hat.

3. Ein Zugeständniß der Beklagten in Betreff der Gleichheit beider Sendungen liegt nicht vor, indem der Brief vom 22. Januar 1866 einen zuverlässigen Schluß auf ein solches Zugeständniß nicht gestattet, und zwar um so weniger, als Beklagte excipiendo ausdrücklich die Unbrauchbarkeit der zweiten Sendung wegen der angegebenen Fehler behauptet, und sich hierfür auf ihren Brief vom 18. Januar bezieht, welcher Brief denn auch nur dahin verstanden

Digitized by Google

werden kann, daß implicite schon damals eine Ungleichheit beider Sendungen von der Beklagten geltend gemacht worden war.

Das Appellations-Gericht bestätigte lediglich das Urtheil zweiter Instanz und fügte in Bezug auf den Brief vom 22. Januar 1866 (die erste Sendung sei ebenso miserabel als die letzte) nur bei, daß in einer solchen kaum ernstlich gemeinten Aeußerung doch jedenfalls ein Geständniß dafür, daß die zweite Sendung von richtiger Qualität gewesen, nicht zu finden sei. Wf.

Zu Art. 342 u. 356.

Der Klage des Käufers auf Schadensersatz setzt der Verkäufer die Einrede entgegen, daß der Verkauf nur ein bedingter gewesen und die Bedingung nicht erfüllt worden sei. — Die Frist, welche der Verkäufer dem Käufer nachträglich zur Erfüllung seiner Verpflichtungen noch zu gewähren hat.

Simon Bauer in Gladenbach erhob Klage gegen Felix Schwarz in Frankfurt a. M. auf Schadensersatzleistung, weil letzterer den von ihm erkauften Roggen nicht geliefert habe. Beklagter entgegnete, daß nach der bei dem Kaufabschlusse getroffenen Vereinbarung zuerst Zahlung mittelst Wechsel und zwar spätestens am 7. April 1864 habe erfolgen sollen und erst nach erfolgter Uebergabe des fraglichen Wechsels habe der Bezug der Waare stattfinden sollen; da Kläger nun diese Bedingung nicht erfüllt habe, so habe er dieselbe am 8. April diesem in Erinnerung gebracht und ihm bemerkt, daß er den Wechsel mit umgehender Post erwarte, anderenfalls „das Geschäft nichts" sei.

Das Stadtgericht in Frankfurt a. M. sprach sich hierüber aus wie folgt:

Nach der Darstellung des Beklagten hatte sich Beklagter zur Lieferung der Waare überhaupt nur verpflichtet: si pretium intra certum diem solutum sit. Es würde mithin ohne den Eintritt dieser Bedingung ein klagbares Geschäft nicht vorliegen. Der Beklagte läugnet demnach den Klaggrund, so daß den Kläger rücksichtlich des von demselben behaupteten unbedingten Vertragsabschlusses die Beweislast trifft, da sich dieser Vertragsabschluß nach Lage der Sache als ein ungetheilter, im Zusammenhange vorgenommener Act darstellt und dem Beklagten nicht zugemuthet werden kann, seinerseits

Digitized by Google

den Beweis der von ihm als anderen Sachverhalt angegebenen wesentlichen Vertragsbestimmung nach der willkürlichen Behauptung des Klägers als einer besonderen, die ursprüngliche Verabredung ex post modificirenden Thatsache zu führen.

Vergl. Pöschmann, das qualificirte Geständniß, § 21. Seuffert, Archiv, VIII, 311; XII, 203; XIII, 189; XIV, 173. 252; XVIII, 184.

Es genügt jedoch, wenn Kläger beweist, daß, wie er behauptet, bezüglich der Zahlung und Lieferung bedungen worden sei, die Waare solle gegen Zwei-Monat-Rimesse bezogen werden; denn weder kann es dem Kläger obliegen, die Nichtexistenz der vom Beklagten behaupteten Bedingung zu beweisen,

Erk. des O.-A.-G. Lübeck vom 13. Oct. 1857 i. S. Lichtenstein c. Friedenberg,

noch kann bei dem vom Kläger behaupteten Wortlaute des Uebereinkommens nach der Natur des Geschäfts etwas Anderes als die gesetzliche Regel: Art. 342, al. 3 des H.-G.-B. angenommen werden, wonach der Kaufpreis bei der Uebergabe der Waare zu entrichten ist, während es dem Beklagten allerdings unbenommen bleibt, den von ihm behaupteten Sachverhalt gegenbeweislich darzuthun.

Hatte sich indessen der Beklagte zur Lieferung nur verpflichtet, wenn bis zum 7. April der Kaufpreis durch Uebergabe des Wechsels an ihn berichtigt sein würde, so genügte er der Vorschrift des Art. 356 des H.-G.-B., wenn er mit Schreiben vom 8. ej. die Einsendung des fragl. Wechsels mit umgehender Post verlangte, und war, da diese Einsendung auch später nicht erfolgte, jedenfalls zu dem eventuell angezeigten Rücktritt vom Vertrage berechtigt.

Zu Art. 345. 347. 361.

Der Commissionär versendet die Waaren auf Gefahr seines Committenten. — Verhinderung der sofortigen Untersuchung der von auswärts übersandten Waaren durch vis major (Kriegsgefahr). — Der Commissionär ist nicht befugt (bei mangelnder Uebereinkunft) wegen seiner Ansprüche auf den Committenten zu trassiren.

Unter dem 26. Juni 1866 ersuchte die Handlung Moritz Weil jun. zu Frankfurt a. M. die Commissionshandlung Nöther u. Bonné in

Digitized by Google

Paris, ihr bei Lefaucher daselbst 12 Stück (näher beschriebene und zum Verkauf an Militärs bestimmte) Revolver und 1200 Stück dazu gehörige Patronen einkaufen und mit umgehender Post einsenden zu wollen. — Unter dem 30. Juni 1866 zeigten Nöther u. Bonné an, daß sie die Patronen an demselben Tage der Eisenbahn zur Beförderung per petite vitesse (da solche nicht anders expedirt werden könnten) übergeben hätten und darüber Factura von Frc. 57 einsendeten, die Revolver seien nicht vorräthig, sie hofften indessen solche nächsten Montag senden zu können. — Am 2. Juli 1866 ersuchte Moritz Weil die Herren Nöther u. Bonné sich doch auch bei anderen Fabrikanten wegen der so sehr benöthigten Revolver umsehen zu wollen. — Am 7. Juli zeigten Nöther u. Bonné auch den Abgang der Revolver an unter Zusendung der Factura von Frc. 444. — Am 30. Juli zeigte Moritz Weil den Herren Nöther u. Bonné an, daß ihm nunmehr die Revolver zugekommen seien, daß er dieselben jedoch wegen zu geringer Qualität zur Disposition stellen müsse. — Diese Dispositionsstellung wiesen Nöther u. Bonne unter dem 3. Aug. zurück, indem sie zugleich anzeigten, daß sie wegen der Patronensendung die nöthigen Recherchen anstellen würden, in Folge dessen sich herausstellte, daß die Patronen in Kehl liegen geblieben waren, weil die badische Eisenbahn-Verwaltung die Weiterbeförderung verweigerte. Am 30. September trassirten Nöther u. Bonné für ihre Forderung auf Moritz Weil, derselbe verweigerte jedoch Annahme, da er die Patronen gar nicht erhalten, die Revolver aber zur Disposition gestellt habe.

Der erhobenen Klage setzte die beklagte Handlung Moritz Weil entgegen, daß sie die Patronen, die sie gar nicht empfangen, auch nicht zu bezahlen verpflichtet sein könne. Wenn die Klägerin überhaupt die Patronen abgesendet habe, so sei sie doch der aufgegebenen Ordre nicht nachgekommen, da die Beklagte noch am 3. Juli sie ersucht habe „per grande (nicht petite) vitesse" einzusenden. Die Revolver habe sie, Beklagte, am 13. Juli, einem Freitage erhalten, aber am 14., weil Sabbath, das Comptoir nicht besucht; am 16. Juli aber sei der Einzug der preußischen Truppen erfolgt, an diesem Tage sei das Auspacken von Waffen nicht sehr räthlich, ja wohl gar gefährlich und Confiscation zu befürchten gewesen; am Sonntage vorher habe sie ohnehin keine Zeit gehabt, die Revolver auszupacken, viel-

Digitized by Google

mehr an diesem Tage ihr übriges Waffenlager, um es in Sicherheit zu bringen, eingepackt und fortgeschafft. Da nun in jener Zeit die Ablieferung aller Waffen sogar von Privatleuten verlangt worden sei, so sei sie auch nicht im Stande gewesen, die Auspackung und Untersuchung der Revolver früher vorzunehmen, als dieß, ohne besorgen zu müssen, daß von der Militärgewalt ein Hinderniß in Weg gelegt werde, geschehen durfte. Sie haben nun solches erst am 29. Juli vornehmen können, worauf die Dispositionsstellung schon am 30. Juli, also gewiß nicht verspätet erfolgt sei. — Hiernach könne es aber keinem Zweifel unterliegen, daß Verklagte mit Recht Zahlung verweigert und den Wechsel habe in Protest gehen lassen.

Das Stadtamt in Frankfurt a. M. verurtheilte nun die Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises für die Revolver, wies die Forderung für die Protestspesen des von der Klägerin auf die Beklagte gezogenen und von dieser nicht acceptirten Wechsels ab, und legte wegen Absendung der Patronen der Klägerin Beweis auf, weil

a. nach den gesetzlichen Bestimmungen und in Ermangelung anderweiter Verabredung die Versendung der Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers gehe, dieser also auch den Schaden, welcher durch das Liegenbleiben in Kehl oder Straßburg entstanden, zu tragen hat.

b. Nach Art. 347 d. H.-G.-B. ist die Dispositionsstellung der Revolver verspätet erfolgt, da die betreffenden Mängel jedenfalls sofort erkennbar waren. War auch Beklagte am Samstag und Sonntag an der Auspackung und Untersuchung verhindert, so hätte dieselbe solche doch jedenfalls am Montag vornehmen müssen, und der bevorstehende Einzug der preußischen Truppen, der sie nach ihrer Angabe bedenklich gemacht haben will, hätte im Gegentheil für sie Veranlassung sein müssen, diese Angelegenheit zu beschleunigen, statt sie aufzuschieben. Nach der Art ihrer zur größten Eile drängenden Aufträge und des den Klägern gelassenen Spielraums bei der Auswahl konnte sie nicht wissen, welche Sorte von Revolvern in der Kiste sei und war daher um so mehr veranlaßt, sofort nachzusehen, was sie erhalte, auch den Klägern gegenüber hierzu um so mehr verpflichtet. Uebrigens war selbst nach dem Einzuge der preußischen Truppen vernünftiger Weise für die Beklagte von der Besichtigung der Waffen (die in aller Stille und Kürze geschehen konnte) kein Nachtheil zu erwarten, wenigstens

Digitized by Google

kein größerer Nachtheil, als aus dem Besitze selbst entstehen konnte; auch hat ein Verbot des Besitzes von Waffen nie stattgefunden.

War aber Beklagte vor oder nach dem Einzuge der preußischen Truppen ängstlicher als nöthig, so war dieß ihre Sache und hat sie sich die Folgen davon selbst zuzuschreiben. Von einem Zustande höherer Gewalt kann überall nicht die Rede sein.

c. Da Beklagter weder nach Uebereinkunft, noch nach bisheriger Uebung im beiderseitigen Geschäftsverkehr zur Einlösung eines Wechsels, insbesondere in Franken „effectiv" verpflichtet war, so kann sie auch nicht zur Zahlung der Protest- und Retourspesen verpflichtet sein.

Das Stadtgericht bestätigte vorstehendes Erkenntniß und fügte noch hinzu:

ad. a. Wenn Klägerin im Auftrage der Beklagten die Patronen einkaufte und sie der Eisenbahn zur Beförderung per petite vitesse übergab, so hat sie damit jedenfalls den ihr nach Art. 361 des H.-G.-B. als Commissionär obliegenden Pflichten genügt, da Beklagte nicht ausdrücklich behaupten konnte, daß sich dieselbe ein bestimmtes sie verantwortlich machendes Versehen habe zu Schulden kommen lassen.

ad. b. Beklagte war um so mehr verpflichtet, die ihr zur Untersuchung der Waare gebotene Gelegenheit sofort zu benutzen, da es sich um von ihr zum Kriegsgebrauche während der Krieges bestellte Waffen handelte, für welche mit Beendigung des Krieges auch die günstige Preisconjunctur vorüber war. Wf.

Zu Art. 347.

Beweislast bei streitiger Dispositionsstellung. — Behauptung des Käufers, daß ihm eine bestimmte Bonification für den jährlichen Umsatz bewilligt worden; Einfluß des Umstandes, daß in den Rechnungsabschlüssen der vorhergehenden Geschäftsjahre von einer solchen Bonification ebenfalls nicht die Rede ist.

Gegen die Klage der Handlung C. Felker u. Cie. in Barmen auf Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Waaren machte die Beklagte C. Rößner u. Cie. in Frankfurt a. M. folgende Einwendungen:

a. daß sie, was den einen Posten, sieben Groß Modeknöpfe, be-

Digitized by Google

treffe, denselben der Klägerin, weil die fraglichen Knöpfe bestellungswidrig in „schwarz" statt in „farbig" geliefert worden seien, sofort mündlich zur Disposition gestellt habe, womit auch die Klägerin einverstanden gewesen und sie, die Beklagte, mit dem anderweitigen Verkaufe der Dispositionswaare beauftragt habe, der jedoch nicht gelungen sei.

b. Hätte ein weiterer Betrag an der Rechnung der Klägerin in Abzug zu kommen, darum weil die Klägerin ihr, der Beklagten, nach mündlicher Uebereinkunft eine Bonification von 2% des jährlichen Waaren-Umschlages als Aequivalent für die Baarzahlungen und Baarvorschüsse, die sie der Klägerin geleistet, zu vergüten habe. Allerdings sei diese Bonification bei den Rechnungsabschlüssen von 1863 und 1864 nicht in Abrechnung gebracht worden, allein dieß sei nur unterblieben, weil die Klägerin gewünscht habe, damit bis zu dem Zeitpunkte zu warten, in welchem sich im Gegensatze zu den Jahren 1863 und 1864 ein Saldo zu ihrem, der Klägerin, Gunsten herausstellen werde, eine Eventualität, die im Jahre 1865 eingetreten sei.

Durch Erkenntniß vom 23. September 1867 sprach sich das Stadtgericht zu Frankfurt a. M. hierüber folgendermaßen aus:

ad a. Da die Klägerin sämmtliche Behauptungen der Beklagten in Abrede gestellt hat, so liegt der Beklagten zunächst der Beweis ob, daß sie jene Knöpfe in „schwarz" bestellt und alsbald zur Disposition gestellt habe, während die Klägerin für den Fall der Erbringung dieser Beweise darzuthun hat, daß sie die Bestellung in „schwarz" ausgeführt habe und die Beklagte hiergegen den Beweis führen kann, daß sich die Klägerin mit der Dispositionsstellung einverstanden erklärt habe.

ad b. Die Beklagte ist hier zum Beweise zuzulassen. Die Klägerin macht zwar geltend, daß die Beklagte bei den Rechnungsabschlüssen für 1863 und 1864 und ihren die Abrechnung für 1865 betreffenden Briefen einer Uebereinkunft der gedachten Art in keiner Weise erwähnt habe, und ist auch allerdings nicht zu verkennen, daß diese auffallende Thatsache Bedenken gegen die Richtigkeit jener Behauptung der Beklagten hervorrufen muß. Da aber in dem angezogenen Schreiben der klägerische Contocorrent nicht anerkannt worden ist und die Beklagte sich vielmehr darin dessen Feststellung durch mündliche Verhandlung ausdrücklich vorbehalten hat, so kann ein

Digitized by Google

vollständiger Gegenbeweis gegen das fragliche Vorbringen der Beklagten zur Zeit noch nicht als erbracht anerkannt werden.

Zu Art. 347. 289. 10.

Einwendungen gegen die facturirten Preise und Qualität der Waare. — Einwendungen gegen die beanspruchten Verzugszinsen aus dem Grunde, weil kein Zahlungsziel vereinbart sei.

Der Klage der Handlung Eck u. Mailly zu Paris auf Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Waaren nebst Verzugszinsen (da drei Monat Ziel verkauft worden sei) setzte der Beklagte, Uhrmacher Franz Berger zu Frankfurt a. M. entgegen, daß die Preise um $^1/_3$ übersetzt seien, daß von den aufgeführten Waaren der Operngucker um $^1/_3$ größer als bestellt geliefert und daher von ihm unmittelbar nach Empfang der Klägerin zur Disposition gestellt worden, er endlich Verzugszinsen zu zahlen nicht verbunden sei, da nicht auf drei Monat Ziel verkauft, sondern gar kein Zahlungsziel bedungen gewesen sei.

Das Stadtgericht zu Frankfurt a. M. verurtheilte jedoch den Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises nebst den beanspruchten Verzugszinsen, weil

a. die von dem Beklagten wegen Preisübersetzung erhobene Reclamation schon darum unberechtigt sei, weil er, obwohl die fraglichen Waaren schon seit länger als anderthalb Jahren in seinem Besitze sich befinden, doch nicht zu behaupten vermochte, daß er zeitig die alsbald aus den Facturen ersichtliche Höhe der Preise beanstandet habe; auch

b. bezüglich des Operngluckers der Beklagte gänzlich unterlassen habe anzugeben, in welcher Größe dieses Instrument von ihm bestellt worden sei, weßhalb eine desfallsige Beweisauflage der Klägerin nicht gemacht werden könne, vielmehr jene Einrede wegen mangelnder Substantiirung ebenfalls verworfen werden müsse, endlich

c. keiner Ausführung bedürfe, daß Beklagter schuldig ist, der Klägerin die auf drei Monate Ziel nach Empfang der Waaren berechneten Verzugszinsen zu zahlen, da dieselben sonst von der Zeit an laufen würden, wo ihm die betreffenden Rechnungen zugestellt worden sind, indem aus der eigenen Erklärung des Beklagten, daß er die

Digitized by Google

Waaren zum Weiterverkaufe erworben habe, zur Genüge hervorgeht, daß sein Gewerbe über den Umfang des Handwerks hinausgeht, und er in dieser Hinsicht als Kaufmann erscheint und ein beiderseitiges Handelsgeschäft hier vorliegt. Wf.

Art. 393. 395. 423 u. 424.

Haftbarkeit der Eisenbahn für beschädigtes Frachtgut bis zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen? Beweislast. Höhe des zu gewährenden Ersatzes.

Mit Frachtbrief v. 9. Sept. 1864 übergab Julius Karl Oppenheim zu Hamburg der Berlin-Hamburger Bahn 26 Ballen rohe, trockene Kalbfelle zur Beförderung an Leopold Lindheimer in Frankfurt a. M. Am 19. September kamen die Felle an, wurden dem Zoll-Amt vorgeführt, dann auf Zoll-Lager verbracht. Am 22. September besichtigte der Empfänger die Felle, und fand einem Ballen durch Nässe beschädigt. Lindheimer verlangte, da die Felle trocken in Hamburg aufgegeben seien und durch die Schuld der Eisenbahn-Verwaltung, sei es an der Aufgabestation oder unterwegs, durch Beförderung in einem schadhaften oder mangelhaft bedeckten Wagen, beschädigt worden seien, von der Main-Weser-Bahn in Frankfurt a. Main den Ersatz seines Schadens mit 120 Fl.

Die beklagte Bahn-Verwaltung stellte ihr Verschulden in Abrede, eine Beschädigung der Felle könne eingetreten sein, während der Zeit, daß dieselben der Zollbehörde zur zollamtlichen Abfertigung übergeben waren, für diese Zeit hafte aber die beklagte Bahnverwaltung nicht. Uebrigens sei sie unter allen Umständen nach ihrem Reglement nur bis zu 20 Thlr. per Centn. haftbar, äußersten Falles könne Kläger nur 90 Fl. verlangen. Da der Taxator der Felle sich erboten habe, dieselben mit einem Nachlasse von 90 Fl. zu behalten, der Kläger also einen höheren Schaden nicht erlitten bez. einen höheren Schaden habe vermeiden können.

Das Stadtamt in Frankfurt a. M. legte dem Kläger den Beweis auf:

> daß der fr. Ballen bei der Ablieferung an die Berlin-Hamburger Eisenbahn in Hamburg in innerlich trockenem Zustande sich befunden habe,

und führte dabei aus:

Digitized by Google

a. daß der Verderb der Felle von eingedrungener Feuchtigkeit herrührt, ist an sich außer Streit. Kann nun aber nicht bewiesen werden, daß die fraglichen Felle trocken aufgegeben worden sind, so ist alsdann der Schaden seinem ganzen Umfange nach als innerlicher Verderb in Folge feuchten Zustandes anzusehen, so daß die Eisenbahn von aller Haftbarkeit frei ist.

b. Kläger behauptet, daß die Felle erst von dem Augenblicke an, wo er sie besichtigt habe, als abgeliefert zu betrachten seien und so lange die Beklagte ihm hafte. Nun ist es richtig, nicht nur, daß Art. 395 des H.-G.-B.s die Dauer der Haftbarkeit von der Empfangnahme bis zur Ablieferung des Guts bestimmt, sondern auch, daß eine Beschränkung dieser Haftbarkeit in Folge des Art. 423 ausgeschlossen, und demgemäß die entgegenstehende Bestimmung des Reglements der Beklagten rechtlich unwirksam ist. Nun ergibt sich aber aus Art. 393 des H.-G.-B.s, daß die Uebergabe des Guts an Packhöfe, Zollschuppen, Revisionsbüreaus ꝛc. nicht als Ablieferung angesehen wird.

Vgl. Lutz, Protocolle, S. 4730 u. 4731.

c. Daß Kläger zur Annahme des Anerbietens des Taxators, die Felle mit 90 Fl. Nachlaß übernehmen zu wollen, nicht verpflichtet war, ist zweifellos. Er konnte hierzu umsoweniger verpflichtet sein, als dieß Anerbieten von einem Dritten ausging und der Ersatz von 90 Fl. seitens der Beklagten noch heute nicht zugesichert wird.

d. Das H.-G.-B. läßt eine Beschränkung des Umfangs der Haftpflicht der Eisenbahnverwaltungen auf einen Maximalsatz zu und erklärt eine derartige reglementarische Bestimmung nur in dem Falle für unwirksam, wo eine bösliche Handlungsweise oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute den Schaden herbeigeführt hat. Was nun aber Kläger als ein Verschulden der Leute der Bahnverwaltung angeführt hat, erscheint in keiner Weise genügend, um auf ein schweres Verschulden derselben schließen zu lassen. Hiernach kann aber auch ein schweres Verschulden nicht zum Beweise verstellt werden und hat es deshalb bei dem reglementmäßigen Maximalsatze zu verbleiben.

Das Stadtgericht in Frankfurt a. M. legte dagegen dem Kläger folgenden Beweis auf:

daß die fragl. Kalbfelle dadurch beschädigt worden seien,

Digitized by Google

daß dieselben entweder durch nachlässige, mangelhafte Verwahrung bei der Aufgabestation in Hamburg oder in Folge des Transports in einem gegen das Eindringen von Feuchtigkeit nicht gehörig verwahrten oder beschädigten Wagen naß wurden; oder aber daß die fragliche Beschädigung durch ein anderes und welches Verschulden der betreffenden Bahn-Verwaltungen oder ihrer Leute verursacht worden sei,

indem dasselbe ausführte:

1. Der Art. 424, Nr. 4 des H.-G.-B. ermächtigt die Eisenbahn-Verwaltungen, sich bei dem Transport von Waaren, welche vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, gänzlichen oder theilweisen Verlust oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage u. s. w. zu erleiden, sich auszubedingen, daß für den Schaden nicht gehaftet werde, welcher aus dieser Gefahr entstanden ist.

Von dieser Ermächtigung hat nun die Beklagte zufolge des § 22, Nr. 1 des Reglements für den Transport auf den Bahnen des Mitteldeutschen Eisenbahn-Verbandes Gebrauch gemacht, und konnte Kläger auch gar nicht bestreiten, daß Häute als solche zu denjenigen Gegenständen gehören, die leicht in Gährung und Fäulniß übergehen. Steht aber das Vorbemerkte fest, so kommen die beiden letzten Absätze des Art. 424 des H.-G.-B. in Anwendung. Diese besagen aber gerade, daß bei Frachtgütern von der Art, wie das hier in Frage stehende, im Falle des Verderbs die Präsumtion dafür spricht, daß dieser Verderb die Folge der natürlichen Beschaffenheit des Frachtguts war und daß, um diese Präsumtion zu entkräften, es des Nachweises eines Verschuldens und zwar eines bestimmten Verschuldens der Bahnverwaltung oder deren Leute bedarf.

Lutz, Protocolle, S. 5010 u. 5011.
Koch, Comm. zum allg. d. H.-G.-B., S. 433, Note 76.
Goldschmidt, in seiner Zeitschrift, IV, S. 620 u. 621.
Koch, in Goldschmidt's Zeitschrift, X, S. 73 flg.

Es kann darum auch nicht genügen, daß der Kläger nachweist, daß die fraglichen Häute in Hamburg in trockenem Zustande der Eisenbahn-Expedition aufgegeben worden sind und zwar umsoweniger, als der Umstand allein, daß die Häute in trockenem Zustande auf-

Digitized by Google

gegeben wurden, noch keineswegs mit Sicherheit darauf schließen läßt, daß deren Verderb jetzt lediglich durch Verschulden der Bahn-Verwaltung oder deren Leute erfolgt sein müsse und nicht auf irgend eine Weise, bei welcher von einem solchen Verschulden gar nicht die Rede sein kann; am allerwenigsten aber aus dem Nachweise jener Ursache auf ein ganz bestimmtes dem Beklagten zu imputirendes Verschulden geschlossen werden kann. Es hat darum Kläger statt des ihm von dem Stadtamt auferlegten Beweises den Beweis derjenigen Thatumstände, welche Kläger angeführt hat, und welche allerdings ein Verschulden der Beklagten darstellen, oder anderer bestimmter Thatumstände, für welche die Beklagte ebenfalls zu haften hat, zu erbringen.

Die Beantwortung der Frage aber, ob die Ablieferung des Frachtguts an die Steuerbehörde der Ablieferung an den Destinatär gleichzustellen ist, kann jetzt füglich auf sich beruhen, da Kläger gar nicht behauptet hat, daß während der Zeit, daß das Frachtgut sich bei der Steuerbehörde befand, der Verderb eintrat und zwar durch Schuld der Bahn-Verwaltung.

2. Dagegen ist dem Stadtamt darin beizustimmen, daß es von keinem Einflusse auf die Schadensersatzpflicht der Beklagten sein kann, wenn der Taxator der beschädigten Felle sich erboten hat, dieselben mit einem Nachlaß von Fl. 90. behalten zu wollen. Denn wenn auch zugegeben werden kann, daß derjenige, der Schadensersatz zu beanspruchen berechtigt ist, solchen Ersatz nicht fordern darf, wenn der Schaden durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können,

Weisscheid, Pandekten, II, S. 32,

so findet dieser Grundsatz doch keine Anwendung auf diejenigen Fälle, wo der Benachtheiligte durch Versäumung einer günstigen Gelegenheit zum Verkaufe des beschädigten Gegenstandes einen nur ihm selbst zu gut kommenden Gewinn zu machen unterlassen hat, wie überhaupt auf alle Fälle, wo der Benachtheiligte die Abwendung oder Verringerung des Schadens lediglich damit versäumte, daß er eine eigene Thätigkeit, zu der er in keiner Weise verpflichtet war, auch nicht in Anwendung brachte.

Vgl. Seuffert, Archiv, IX, 273; XI, 130; XIII, 235.

Wf.

Digitized by Google

b. Bezirk des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden.

Die Rechtsfähigkeit der Genossenschaften.

Sammlung von Entscheidungen vormals Nassauischer Gerichte.

1.

Eine vom Buchhändler Heinrich Ritter zu Wiesbaden gegen den Gerbermeister Born und Cons. zu Usingen, als Vorsteher des großen Lesevereins daselbst, angestellte Klage war von dem Amte Usingen durch das erste Decret wegen mangelnder Passivlegitimation des Beklagten verworfen worden. Auf erhobene Beschwerde verordnete das Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden durch Verfügung vom 10. Juni 1859 ad num. 2999 und 4144 die Mittheilung der Klage unter folgender Motivirung:

i. E., 1. daß der Beschwerdeführer in einer bei herzogl. Amte zu Usingen angestellten Klage den Betrag von 114 Fl. 31 Kr. für Bücher verlangt, welche er an den daselbst bestehenden Leseverein geliefert zu haben behauptet und in dieser gegen die dermaligen Vorsteher des Vereins gerichteten Klage weiter anführt, die Bestellung der Bücher sei durch den von dem Vorstande dazu autorisirten Conservator des Vereins erfolgt und habe der Vorstand die Bestellung später ausdrücklich und durch concludente Handlungen, nämlich dadurch, daß er die Bücher in die Bibliothek des Vereins aufgenommen, genehmigt und sei derselbe nach den Statuten zu der Führung sämmtlicher Angelegenheiten des Vereins autorisirt;

2. daß diese Klage begründet ist, insbesondere die Bezeichnung der Beklagten als Vorsteher der Gesellschaft zur Passivlegitimation genügt, da die Bestellung eines solchen Vorstandes der Natur der Sache nach vorzugsweise den Zweck hat, daß bestimmte Personen die Gesellschaft Dritten gegenüber repräsentiren, ein näherer Nachweis der Befugnisse dieser Repräsentanten nach dem Zwecke und der Organisation der Gesellschaft zur Begründung der Klage aber nicht gehört, sondern nur dann etwa in Betrachtung kommen könnte, wenn demnächst daraus Einreden hergeleitet werden sollten.

Digitized by Google

2.

Auf von dem Centralvorstande des Gewerbevereins für das Herzogthum Nassau behufs Regelung der privatrechtlichen Stellung der Vorschuß- und Credit-Vereine bei der h. Landesregierung gestellten Antrag hat die letztere Vorlage bei h. Staatsministerium gemacht und im Rescript vom 15. Juni 1863 den Inhalt des Ministerialrescripts vom 2. Juni 1863 mit nachfolgenden Aeußerungen mitgetheilt:

„Da nach dem Inhalte des Berichts des Centralvorstandes vom 22. April 1863 die im Herzogthum bestehenden Vorschuß- und Creditvereine nur unter ihren Mitgliedern Geschäfte machen, mithin Handelsgeschäfte im Sinne des Handelsgesetzbuches nicht betreiben, so liegt dermalen kein Bedürfniß vor, die Bestimmungen dieses Gesetzbuches über offene Handesgesellschaften für die genannten Vereine in einer Weise zu modificiren, daß sie für letztere ausführbar erscheinen. Es ist sodann nicht zu verkennen, daß der Wirksamkeit jener Vereine unübersteigliche Schwierigkeiten entgegenstehen würden, wenn sie nicht in der Lage wären, als Rechtssubjecte Forderungen zu erwerben und vor Gericht aufzutreten, vielmehr hierzu stets einer Mitwirkung sämmtlicher Vereinsmitglieder bedürften. Letzteres würde aber nur dann der Fall sein, wenn solche Vereine als einfache Gesellschaften nach den Grundsätzen der römischen societas zu betrachten wären. Nach den von beiden Hofgerichten aus Veranlassung eines Gesuchs des Männerkranken-Vereins zu Niederlahnstein um Verleihung der Corporationsrechte am 14. Juni und 1. Juli 1861 erstatteten Gutachten haben sich indessen diese beiden Gerichte übereinstimmend dahin ausgesprochen, daß Vereine, welche nicht wie die römische societas auf eine von Anfang an bestimmte Anzahl von Mitgliedern berechnet sind und nicht mit dem Tode eines derselben erlöschen, wobei vielmehr die unbeschränkte und wechselnde Zahl der Mitglieder, die Feststellung des Vereinswillens nach Mehrheitsbeschlüssen der Mitglieder und die Ausführung der Vereinsbeschlüsse, sowie die Disposition über das Gesellschaftsvermögen durch einen Vorstand zu ihrem Wesen gehört, formell als ein besonderes Rechtssubject zu behandeln und demnach auch zur Erwerbung von Forderungen und zur Verhandlung vor Gericht durch ihren Vorstand berechtigt seien.

Digitized by Google

Hiernach erscheint die beantragte Erlassung eines Gesetzes zur Zeit nicht geboten."

Insbesondere war im Rescripte der h. Landes-Regierung vom 30. August 1861, welches auf das Gesuch des Niederlahnsteiner Männerkranken-Vereins um Verleihung von Corporationsrechten an das h. Amt Braubach erging, rücksichtlich der Vertretung ꝛc. solcher und ähnlicher, als juristische Personen zur Zeit nicht anerkannter Vereine speciell bemerkt, daß die Ansicht der beiden Obergerichte des Herzogthums dahin gehe, daß bei Errichtung von Schuld- und Pfandverschreibungen, sowie bei deren Cession und Löschung und bei der Proceßführung die namentliche Aufführung, beziehungsweise Mitwirkung der einzelnen Mitglieder des Vereins nicht erforderlich sei, dessen statutenmäßige Vertreter zur Vornahme dieser Rechtshandlungen im Namen des Vereins als legitimirt anzusehen seien.

Nass. Archiv, Bd. IV, S. 293 flg.

3.

Der Büchsenmacher W. J. W. zu F. klagte gegen E. B. und J. B. zu H., als Vorstand des Schützenvereins daselbst, 100 Fl. als Restkaufpreis für käuflich gelieferte Büchsen ein. Diese Klage wurde durch Decret des Amts Höchst vom 6. Februar 1865 ohne Mittheilung an die Beklagten wie angebracht abgewiesen.

Die Gründe lauten:

J. E., daß zwar Societäten, welchen die Rechte einer juristischen Person ertheilt sind, als solche vor Gericht durch ihren Vorstand rechtsgültig vertreten werden, daß auch Vorschuß-, Kranken-Vereine und ähnlich gebildete Genossenschaften, deren Zweck auf Förderung von industriellen, kaufmännischen und gleichen Unternehmungen gerichtet ist, vermöge ihrer eigenthümlichen Natur, wonach die Disposition über das Gesellschaftsvermögen durch einen statutenmäßig zur Vertretung gewählten Vorstand oder Ausschuß zu ihrem Wesen gehört, formell als besondere Rechtssubjecte, welche durch ihren Ausschuß oder Vorstand vor Gericht auftreten können, zu behandeln sind;

daß jedoch Vereine anderer Art und namentlich solche, welche lediglich einen geselligen Zweck verfolgen, wozu der klagend aufgetretene Verein zu rechnen ist, sofern denselben Corporationsrechte nicht ertheilt sind, als einfache Gesellschaften nach den Grundsätzen

Digitized by Google

der römischen societas, nach welchen die Activ- und Passiv-Legitimation nur durch Benennung sämmtlicher Vereinsmitglieder hergestellt wird, zu betrachten sind, daß da der hier eingeklagte Schützenverein zu den Vereinen der letzteren Art, nicht aber der ersteren Art zu rechnen ist, jedoch in der Klage nur durch Bezeichnung seiner Vorstandsmitglieder verklagt wird, während zur Passivlegitimation nach dem Vorbemerkten die Bezeichnung der sämmtlichen Vereinsmitglieder als Beklagte erforderlich gewesen wäre.

Der Kläger führte hiergegen Beschwerde bei dem Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden, welches denn auch durch Decret vom 1. April 1865 Nr. 2636 dem Amte aufgab, Termin zur Verhandlung auf die Klage zu bestimmen und zwar

i. E. 1. daß nach der Ansicht des hl. Amts Vorschuß-, Kranken-Vereine und ähnlich gebildete Genossenschaften, deren Zweck auf Förderung von industriellen, kaufmännischen und ähnlichen Unternehmungen gerichtet ist, vermöge ihrer eigenthümlichen Natur, wonach die Disposition über das Gesellschaftsvermögen durch einen statutenmäßig zur Vertretung gewählten Vorstand oder Ausschuß zu ihrem Wesen gehört, formell als besondere Rechtssubjecte, welche durch ihren Ausschuß oder Vorstand vor Gericht auftreten können, zu behandeln sind, der beklagte Verein aber in dieser Weise deshalb nicht soll behandelt werden dürfen, weil er den sonstigen, namentlich den lediglich einen geselligen Zweck verfolgenden Vereinen beizurechnen sei;

2. daß indessen nicht der Zweck des Vereines an und für sich die hier in Rede stehende Entscheidungsnorm begründet, oder auch nur mitbegründet, sondern lediglich die Natur und Organisation des Vereins, wie sie in den Gründen zu dem amtlichen Urtheile selbst hervorgehoben ist, wonach die einzelnen Theilhaber als solche über das gemeinsame Vereinsvermögen gar nicht verfügen und folgeweise dasselbe auch nicht durch ihre Proceßführung belasten können;

cfr. Beseler, deutsch. Privatrecht, § 68—71.
Bluntschli, § 39, S. 84 u. 87.

3. daß hiernach durch den von dem h. Amte angeführten Grund die Abweisung der Klage wie angebracht ohne Mittheilung an den beklagten Vorstand nicht gerechtfertigt ist.

Digitized by Google

4.

Die Beklagten beanstanden die Befugniß des Vorstandes des klagenden Vereins, für diesen Processe zu führen, mit Unrecht, weil dieser Verein, welcher ohne Rücksicht auf einen Wechsel der Person der Mitglieder fortbesteht, und bei welchem statutenmäßig die Disposition über das Vereinsvermögen, sowie die Vertretung des Vereines Dritten gegenüber durch einen Vorstand erfolgt, nicht nach den römisch-rechtlichen Grundsätzen über Gesellschaften beurtheilt werden kann, sondern auch ohne Ertheitung von Corporationsrechten durch den Vorstand repräsentirt wird.

Decret d. Hof- und Appellationsgerichts Wiesbaden i. S. des Vorschuß- und Creditvereins zu Langenschwalbach, Klägers, gegen C. Fuchs u. P. Michel (von 1866).

Nass. Archiv, Bd. VII, S. 171.

5.

Daß auch die Cession von Hypotheken an Vorschußvereine, sowie die Verpfändung hypothekarisch gesicherter Forderung zu deren Gunsten, und die Beurkundung dieser Geschäfte in den öffentlichen Büchern zuzulassen sei, indem solche Vereine in Beziehung auf Rechtsgeschäfte als collective Personeneinheit angesehen werden müssen, wurde von dem Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden in seinem Rescripte vom 16. Januar 1866 zur Beschwerde des Vorstandes des Vorschußvereins zu Höchst, die Verweigerung der Beurkundung einer Pfandbestellung an einer gesicherten Forderung betr. ausgesprochen.

Nass. Archiv, Bd. VII, S. 280. H.

Digitized by Google

Unter dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck vereinigte Staaten.

Vorbemerkung über die Handelsgerichtsverhältnisse in Hamburg.

Das Handelsgericht wurde am 21. Febr. 1816 eingesetzt. Es bestand damals aus einem rechtsgelehrten Präses, einem dergl. Vice-Präses und 9 kaufmännischen, auf Zeit gewählten Richtern (welche letztere ihr Amt unentgeltlich verwalten) und dem erforderlichen Actuariats- und Canzlei-Personal.

Das Verfahren vor demselben ist mündlich und öffentlich, falls nicht das Gericht ein schriftliches Verfahren zu injungiren oder zu verstatten für gut findet.

Es theilt sich in 2 Kammern.

Die Appellation geht an das Obergericht, wenn die Beschwerdesumme 500 ℳBco. (250 Thlr. Pr.) übersteigt.

Bei fehlender Appellationssumme findet eine Restitution statt.

In restitutorio erkennt die Kammer, welche vorher in der Sache nicht erkannt hat.

Wird in rest. confirmatorisch erkannt, so findet bei dem hier geltenden Princip der duae conformes kein weiteres Rechtsmittel statt.

Wird reformatorisch erkannt, so steht der Gegenpartei ein Contrarestitutions-Gesuch zu. In contra restitutorio entschied früher das Handelsgericht in pleno oder wenigstens in Gegenwart von 7 Votanten. Da aber dieses Verfahren sich als unzweckmäßig ausgewiesen, so wurde dasselbe 1845 dahin abgeändert, daß statt dessen die Entscheidung in dritter Instanz dem Obergerichte übertragen wurde, und da vor diesem ein schriftliches Verfahren stattfindet, so ward ein Schriftwechsel der Parteien vor dem Handelsgerichte angeordnet, welches sodann die Acten dem Obergerichte einzureichen, dessen Entscheidung einzuholen und den Parteien durch Insinuation bekannt zu machen hat.

Bei der Entscheidung in contra restitutorio behält es sein Bewenden.

Digitized by Google

1858 wurde die Anstellung noch eines rechtsgelehrten und zweier kaufmännischer Richter erforderlich.

1863 wurde die Zahl der kaufmännischen Richter auf 15 erhöht,

1866 abermals ein rechtsgelehrter Richter erwählt; so daß jetzt das Handelsgericht aus 4 Rechtsgelehrten und 15 kaufmännischen Richtern besteht. Die Geschäfte haben sich aber so gehäuft, daß auch diese Zahl nicht ausreicht und das Gericht sich veranlaßt gesehen hat, jetzt abermals einen Antrag auf Vermehrung seines Personals zu stellen.

Zur Abgabe einer Entscheidung sind 3 Votanten erforderlich, ein Rechtsgelehrter, welcher präsidirt und zwei kaufmännische Richter.

Früher bildete eine Section des Senats das Obergericht. Seit Anfang des Jahres 1861, mit welchem Zeitpunkte die neue Verfassung ins Leben trat, wodurch die Justiz von der Administration gänzlich getrennt wurde, besteht das Obergericht aus einem rechtsgelehrten Präsidenten, 6 rechtsgelehrten Räthen und 6 auf Zeit gewählten nicht juristischen unbesoldeten Mitgliedern.

Zur Abgabe eines Erkenntnisses in handelsgerichtlichen Appellationssachen ist die Gegenwart von 5 Mitgliedern erforderlich, von denen 3 Juristen sein müssen. Es sind aber gewöhnlich 6 Votanten anwesend, nämlich außer dem Präsidenten 3 Räthe und 2 andere Mitglieder.

Die Verfassung schreibt vor, daß das sämmtliche Hamburgische Gerichtsverfahren mündlich und öffentlich sein soll; das ist aber beim Obergericht bis jetzt noch nicht der Fall.

Das Ober-Appellationsgericht in Lübeck besteht nur aus Juristen und zwar aus einem Präsidenten und 6 Räthen.

In den Sitzungen müssen in der Regel sämmtliche Mitglieder gegenwärtig sein.

Eventuell genügt die Anwesenheit von 5 Votanten.

Art. 1. 336. 615 des Handelsgesetzbuches. Art. 40. 51 des Hamb. Einführungsgesetzes.

Da die Bestimmungen des Art. 615 des H.-G.-B.s und der Art. 51 des Einführungsgesetzes zu demselben der Annahme nicht entgegenstehen, daß dann, wenn — wie es hier der Fall ist — für

Digitized by Google

eine so große Quantität von Gütern, daß die Ablieferung an den Destinatär nur successive geschehen kann, ein einziger Frachtbetrag zu bezahlen ist, die Bezahlung dieses Betrages erst fällig wird, sobald die Ablieferung der Güter vollständig beschafft ist und der Schiffer bis dahin nur Sicherstellung für die Fracht fordern kann, jedenfalls aber die Annahme, daß regelmäßig — abgesehen also von einer Vereinbarung dieses Inhalts — die Fracht fällig werde, sobald das Schiff in den Bestimmungshafen einläuft, als durchaus unbegründet betrachtet werden müßte;

da demnach die von dem Beklagten behauptete Usanz mit der Vorschrift des Art. 336 des H.-G.-B.s im Widerspruche stehen würde, nach welcher, wenn die im Vertrage bestimmte Münzsorte am Zahlungsorte nicht im Umlaufe ist und nicht etwa die Zahlung in dieser Münzsorte ausdrücklich ausbedungen worden, der Betrag in der Landesmünze „nach dem Werthe zur Verfallzeit" gezahlt werden kann, also — wie es in dem im Art. 40 des Einführungsgesetzes zum H.-G.-B. in Bezug genommenen § 4 des Einführungsgesetzes zur Wechselordnung heißt — „nach dem zur Verfallzeit notirten ... kurzen Course;"

da demzufolge aber der Berücksichtigung der von dem Beklagten behaupteten Usanz — wenn sie sonst als bestehend anerkannt werden müßte — entscheidend entgegenstehen würde, daß nach Art. 1 des H.-G.-B.s Handelsgebräuche nur, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmung enthält, zur Anwendung kommen sollen;

> vgl. das Hamb. Monitum zu diesem Artikel und von Schriftstellern insbesondere: Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, § 36;

da somit es hier dahingestellt bleiben kann, ob die sonstigen Voraussetzungen für die Annahme einer Usanz hier vorhanden sind, und namentlich ob diese Usanz — wie Beklagter selbst annimmt — als „irrationell" zu betrachten wäre und zwar dergestalt, daß derselben schon aus diesem Grunde die rechtliche Bedeutung abgesprochen werden müßte;

> daß Beklagter schuldig sei, die eingeklagten 70 ℳ Bco. 15 ß nebst den Zinsen vom Klagetage innerhalb 3 mal 24 Stunden, bei Strafe der Execution, dem Kläger zu bezahlen; die Proceßkosten übrigens zu compensiren.

Digitized by Google

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 7. Oct. 1867 in S. Aug. Behn als Rheder der Manila c. C. Wörmann.

Art. 87 flg.; Buch I, Tit. 6.

Da das Verhältniß der Kaufleute zu ihren Lehrlingen weder nach den Rechten, noch nach den Vorschriften zu beurtheilen ist, welche für den Handwerkerstand gelten, vielmehr der Vertrag zwischen dem Principale und dem Lehrlinge rechtlich den Verträgen des ersteren mit seinen sonstigen Handlungsdienern gleichsteht.

Vgl. Thöl, Handelsrecht, 1. u. 2. Ausgabe.

(Art. 57) § 22 des allg. d. H.-G.-B.s.

Erk. des Handelsgerichts v. 21. Juni 1866 in S. Ed. Freege u. Co. c. W. S. als väterl. Vormund seines Sohnes.

Art. 93. 112. 122. 280. 281.

Da durch das Handelsgesetzbuch eine Vorausklage gegen die Gesellschaft, bevor der einzelne offene Theilhaber der Firma gerichtlich in Anspruch genommen werden darf, nicht eingeführt ist, wie sich dieß theils aus der Vergleichung der Art. 280 und 281 mit dem Art. 112 ergibt, theils daraus, daß der beantragte Zusatz zum Art. 112:

vorbehältlich des Regresses gegen die übrigen Gesellschafter

nur weggelassen ist,

Protocolle, S. 1002,

weil er sich von selbst verstehe und im Art. 93 genügenden Ausdruck gefunden habe, namentlich aber daraus, daß der Art. 117 des preuß. Entwurfes, welcher den betreffenden Inhalt hatte, ausdrücklich verworfen ist,

vgl. Protocolle, S. 216—230,

Hahn, Commentar, S. 284,

wie denn auch ein Schluß aus dem in dritter Lesung eingeschalteten Art. 122 über die Stellung der Privatgläubiger im Concurse der Gesellschaft dahin nicht berechtigt erscheint, daß der Gläubiger der Gesellschaft behindert sei, den einzelnen Associé zu belangen,

da, wenn es dagegen richtig ist, daß die durch die Praxis eingeführte Interpellation der auswärtigen Firma eines hiesigen Associé wegen Berichtigung einer Schuld der Gesellschaft, bevor mit einer Klage gegen den hier domicilirten oder im nexu befindlichen Theil-

Digitized by Google

nehmer gerichtlich vorgeschritten werden kann, durch das Handelsgesetzbuch nicht beseitigt worden; die Grenze einer solchen Mahnungspflicht doch durch die Natur der Sache dahin zu ziehen ist, daß zunächst der Versuch gemacht werden soll, aus den paraten Mitteln der Firma an ihrem Aufenthaltsorte ohne Zwangsmaßregeln Befriedigung zu erlangen, eine solche Pflicht aber cessirt, wenn es sowohl aus den mündlichen, wie schriftlichen Erklärungen des Hiesigen erhellt, daß eine solche Mahnung Mangels Mittel einer anerkannten Schuld gegenüber, erfolglos sein werde, auch diese Erklärungen (vgl. Anl. 2) bereits so alt sind, daß die Befriedigungsobjecte hier hätten eintreffen können, wenn nur die Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, sie abzusenden:

daß Beklagter zu verurtheilen, dem m. n. Kläger ein von einem hiesigen Hause acceptirtes Accreditiv pr. 28. Septbr. d. J. über Pr. Crt. Thlr. 511. — innerhalb 8 Tage zu behändigen, und zwar sub poena executionis ad deponendum auf solchen Betrag; die Kosten hat der Beklagte dem m. n. Kläger zu erstatten.

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 21. Septbr. 1867 i. S. Wr. J. Nathan m. n. C. A. Gerischer in Annaberg c. C. R. als Inhaber der Firma F. & Co. in Rio grande do Sul.

Art. 271—275 des H.-G.-B., Art. 6. 29. des Einf.-Ges.

Da für die Competenz des Handelsgerichts nach Maßgabe des Einführungs-Gesetzes zum Handelsgesetzbuch Art. 29 lediglich Bestimmungen der Handelsgerichts-Ordnung und nicht die Art. 271—275 des H.-G.-B. entscheidend sind,

da neben den Art. 10—13 der Handelsgerichts-Ordnung, welche freilich in dem citirten Art. 29 allein genannt sind (siehe auch Bericht, Octav-Ausgabe, S. 35), der Art. 9 entscheidet und Art. 10 nur sagt: „für Handelsgeschäfte werden ausdrücklich erklärt ꝛc.,"

da, wenn freilich Art. 6 des Einführungs-Gesetzes eine Erwerbsgesellschaft, wie diejenige der Beklagten, für eine Handelsgesellschaft erklärt, derselbe doch auch nur dieses sagt, nicht aber die Geschäfte derselben als Handelsgeschäfte in dem Sinne bezeichnet, daß dieselben der Competenz des Handelsgerichts unterworfen sein sollen,

Digitized by Google

da weder nach den ausdrücklichen Bestimmungen des Artikels der Handelsgerichts-Ordnung noch nach allgemeinen Grundsätzen der Ankauf von Mauersteinen abseiten des Erbauers eines Hauses und zum Zweck solcher Erbauung als ein Handelsgeschäft erscheint, indem darin nicht der Ankauf einer Waare vorliegt, um dieselbe verarbeitet und in eine andere Form umgeschaffen wieder zu verkaufen, weil Häuser nicht als verarbeitete und in eine andere Form umgeschaffene Steine betrachtet werden können, und indem ferner auch bei den ausgedehntesten Bauspeculationen dieses Geschäft doch immer nicht dahin gelangt ist, daß man dabei von der Lieferung von Häusern im Sinne einer Lieferung nach Abschnitt 2 des Art. 10 der Handelsgerichts-Ordnung reden könnte,

da bei Entscheidung der Frage nach der Natur dieses Geschäfts davon auszugehen ist, daß bei der Unternehmung der Erbauung von Häusern durch einen Baumeister der wesentliche Punkt die künstlerische oder Handwerksthätigkeit ist und das durch solche Thätigkeit Geschaffene nicht eine Handelsthätigkeit,

da es keinem Bedenken unterliegen kann, daß die Entscheidung über diese Geschäfte vor das allgemein zuständige Gericht und nicht vor das speciell angeordnete Handelsgericht gehört,

da davon erst und nur dann abzuweichen wäre, wenn das betreffende Geschäftsleben überhaupt dahin sich umgestaltete, daß Häuser wie eine Waare angesehen werden könnten,

zu welchem Allen in dem vorliegenden Fall noch hinzukommt, daß hier nicht einmal mit genügender Bestimmtheit behauptet ist, daß die Beklagten gewerbsmäßig Ankauf von Plätzen, Erbauung von Häusern, Ankauf und Verkauf derselben betreiben, indem, wenn freilich die Vorladung sie als „Bauübernehmer" bezeichnet, doch dem bestimmten beklagtischen Widerspruch gegenüber, daß sie Tischler seien und sich auch im Adreßbuch nur als solche bezeichneten, durchaus keine weitere Anführung klägerischerseits erfolgt ist,

auch der Umstand, daß angeblich zugleich an zwei Häusern gebaut wird, nichts beweist, indem dazu Jemand in mancherlei Weise kommen kann, ohne Speculant in Grundstücken zu sein,

daß die angestellte Klage hier ab- und an das zuständige Gericht zu verweisen, Kläger auch in die Erstattung der Kosten dieses Verfahrens zu verurtheilen.

Digitized by Google

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 30. Novbr. 1867 i. S. Hoops Wwe. c. Rougemont & Holtz.

Auf klägerische Appellation durch Erkenntniß des Obergerichts vom 17. Januar 1868 bestätigt.

Art. 313.

Da sowohl nach allgemeinem Rechte wie nach Art. 313 des H.-G.-B.s Frachtgut retinirt werden kann wegen fälliger Frachtforderungen aus der an denselben Schuldner früher geschehenen Ablieferung von Gütern 2c.

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 14. Aug. 1867 in S. Chr. Claußen Namens der Güter-Expedition der Station Sternschanze c. F. Thüm.

Zu Art. 314.

Da es keiner Untersuchung bedarf, inwieweit die Art. 313 und 314 des allg. d. H.-G.-B.s ein Zurückbehaltungsrecht auch für cedirte Forderungen zulassen, weil es nach § 35 des Einführungsgesetzes für Hamburg (vgl. den Commissionsbericht, S. 50, ed. Hirsch) keinem Zweifel unterliegt, daß das Haltrecht hier auch wegen solcher Gegenforderungen, welche durch Cession übergegangen sind, ausgeübt werden darf,

da die cedirten Ansprüche als fällige vom Kläger nicht anerkannt sind, wie sie denn überhaupt nicht anerkannt worden, auch aus der Nichtbeantwortung der Mittheilungen von den Cessionen oder der nicht früheren schriftlichen Antwort als in Anl. H. — zumal ein sofortiger mündlicher Protest gegen den Notar und gegen Staelin geltend gemacht ist, — nicht gefolgert werden darf, daß Kläger die cedirten Gegenansprüche anerkannte, geschweige daß er deren Compensabilität mit der liquiden libellirten Schuld einräumte, indem aus der Nichtbeantwortung der Mittheilung über eine Cession an sich nichts Weiteres folgt, als das der debitor cessus Kenntniß von der Cession genommen hat,

da, wenn aber auch die cedirten Ansprüche als fällige zu erachten wären, das Haltrecht nicht eintritt, wenn die Zurückbehaltung der schuldigen Zahlung der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung widerstreiten würde, nun aber hier als festgestellt anzu-

Digitized by Google

sehen ist, daß bei einem Geschäfte mit dem ausdrücklichen Zusatze Zahlung per comptant, Anlage 2, oder einem gleichbedeutenden, es die Bedingung der Uebergabe der Waare ist, daß die Bezahlung des Kaufpreises Zug um Zug geschehe, resp. also, wenn ein Connossement übergeben und die Löschung der Waare vom Käufer besorgt wird, daß nach deren Beendigung sofort auf ertheilte Rechnung die Zahlung geleistet werde,

da die Bestimmungen des Art. 314 auf unfällige und also gewiß auch auf fällige Gegenforderungen sich beziehen und daher auf die beklagtischen Gegenansprüche zu beziehen wären, wenn die Voraussetzungen dieses Artikels vorlägen,

da aber die Beklagten über die Vermögensverhältnisse des Klägers mehr nicht zu behaupten vermocht haben, als daß Kläger in pecuniärer Schwierigkeit einen Accord von 40 % sollicitire, daß er mit den in Anl. J. benannten Gläubigern zu 50 % in Terminen abgemacht, und daß er diesen Attestanten erklärt habe, außer Stande zu sein, seine übrigen Creditoren zu befriedigen,

da es auch nicht darauf ankommt, ob Beklagte diese Wissenschaft erst erlangten, nachdem ihnen am 25. Oct. das der Anlage 2 entsprechende Connossement zum Behuf der Löschung anvertraut worden, weil die behaupteten Umstände nicht entsprechen den Bedingungen des Art. 314 sub 1 u. 2, welche einem Contantgeschäfte allein präjudiciren, es auch dahinstehen mag, ob diese Umstände unter dem Art. 1 der neuen Falliten-Ordnung sich subsumiren lassen, weil im § 35 des Einführungsgesetzes die im Art. 314 erwähnten Fälle ausdrücklich als die „alleinigen Ausnahmen" von der Einhaltung einer übernommenen Verpflichtung bezeichnet sind,

indem darüber kein Streit sein kann, daß die Beklagten die Fälle des Art. 314 sub 2 und eine Concurseröffnung des Klägers gar nicht behauptet haben; Kläger es aber ausdrücklich acceptirte, daß es nicht geltend gemacht werden könnte, daß er seine Zahlungen einen einzigen Tag eingestellt, wie es denn sehr wohl denkbar ist, daß jemand über seine Schulden mit einzelnen Gläubigern einen Accord trifft, ohne daß er schon jetzt fällige Verbindlichkeiten unerfüllt läßt und deshalb durch ein Verfahren wie das beklagtische in seiner ganzen gewerblichen Existenz bedroht werden dürfte,

daß Beklagte zu verurtheilen, die libellirten 4440 ℳ Bco.

Digitized by Google

12 ß sammt Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb 8 Tagen sub poena executionis dem Kläger zu bezahlen,

mit ihren cess. noie. erhobenen Gegenansprüchen aber zu abgesondertem Verfahren zu verweisen.

Erkenntniß des Handelsgerichts vom 1. Decbr. 1866 in Sachen A. S., Klägers, c. Pietzcher & Co., Beklagte.

Durch obergerichtliches Erkenntniß v. 18. Jan. 1867 bestätigt.

Art. 315. 347. 348, Abs. 2.

Bekl. haben bei den Klägern Waaren bestellt, welche Kl. der Weisung der Bekl. gemäß nach Rotterdam sandten. Die Beklagten erhoben Monituren und stellten die angeblich in Hamburg befindliche Waare zur Verfügung gegen Vergütung des ihnen durch mangelhafte Lieferung verursachten Schadens. Kläger bestritten jedes Recht der Bekl. dazu, nahmen jedoch die Dispositionsstellung an und erklärten, daß sie die Aufgabe der angedroheten Schadensansprüche behufs deren Sicherstellung erwarteten. Bekl. forderten nun Zahlung von Banco-Mark 2303. 3 Schill. Als aber Kl. unter jeder beliebigen Sicherstellung der Bekl. über die Waare disponiren wollten, erhoben die Letzteren Schwierigkeiten und erklärten die Waare nicht ohne gerichtliche Klage den Klägern wiedergeben zu wollen. Darauf haben Kl. mittelst Protest den Bekl., unter ausdrücklichem Hinweis darauf, daß sie ohnehin schon Waaren der Kl. zum Betrage von Bco.-ℳ 5500 — in Händen hätten, nochmals einen hiesigen selbstschuldigen Bürgen eventuell gerichtliche Deposition des Betrages angeboten, sich dann aber, als Bekl. gegen diese Anerbietungen die Herausgabe der Waare fortwährend verweigerten und auf ihrem Verlangen einer vorgängigen Klage bestanden, von der Waare gänzlich losgesagt.

Das petitum der Klage lautet:

das Gericht wolle die Beklagten zum Accept der Tratte groß Bco.-ℳ 5329. — resp. zur Bezahlung derselben und zum Ersatz der Kosten des Protestes und des Processes verurtheilen.

Nur in pessimum eventum bitten Kläger:

die Beklagten zur Herausgabe der Waare am hiesigen

Digitized by Google

Platze unter Vorbehalt aller gegenseitigen Rechte verurtheilen zu wollen.

Das Handelsgericht erkennt am 6. Dec. 1866:

Da aus den vom mand. nom. Kl. producirten Anl. 3 und 4 hervorgeht, daß die Bekl. die in Rede stehenden 10 Kisten Nähnadeln als unempfangbar zur Disposition stellten und wegen nicht gehöriger Lieferung Schadensansprüche gegen die klägerischen Mandanten erhoben, daß diese dann, unter der Bestreitung der Berechtigung der Bekl. zu Monituren, deren Erklärung, die Waare nicht empfangen zu wollen, acceptirten, und, indem sie offerirten, den Bekl. eine Sicherheit für den beanspruchten Schadensanspruch zu bestellen, die Auslieferung der Waare verlangten; sowie daß die Bekl. dann Bc.-M. 2303. 3 Schill. als den Betrag ihres Schadens aufgaben und gegen Bezahlung dieser Summe die streitige Waare ausliefern zu wollen erklärten;

da danach ein Einverständniß der Parteien nur darüber zu Stande gekommen war, daß die Bekl. nicht verpflichtet sein sollten, die Waare zu behalten, keineswegs aber von den klägerischen Mandanten zugegeben war, daß Bekl. berechtigt gewesen seien, den Empfang der Waare zu verweigern und noch weniger, daß ihnen ein Recht auf den erlangten Schadenersatz zustehe;

da somit die Forderung der Beklagten, daß ihnen der behauptete Schaden vor der Auslieferung der Waare bezahlt werde, eine ungerechtfertigte war;

da ihnen nun ausweise der Anl. 5 am 26. d. J. notariell angezeigt wurde, daß der mand. nom. Kläger für ihre Schadensansprüche an die klägerischen Mandanten bis zur Summe von Bc.-M. 2400. — die selbstschuldige Bürgschaft übernommen haben wolle und daß er sich zur Deposition dieser Summe beim Gerichte erbiete;

da sie auf die mit einer solchen Anzeige verknüpfte Forderung der Waare, wenn sie die selbstschuldige Bürgschaft des Herrn Dris. G. Hertz nicht acceptiren wollten, zwar die offerirte gerichtliche Deposition verlangen, nicht aber, wie sie gethan, die Auslieferung der Waare so lange verweigern durften, bis gegen sie ein gerichtliches Verfahren eingeleitet sein werde, weil jeder, welcher sich berechtigt erachtet, das Eigenthum eines Andern zu retiniren, verpflichtet ist, gegen genügende anderweitige Sicherstellung wegen seiner behaupteten Ansprüche von der Retention abzustehen;

Digitized by Google

da also die Beklagten vom 26. Sept. an mit der Auslieferung der fraglichen 10 Kisten in mora waren, daraus aber nicht ohne Weiteres folgt, daß sie nunmehr, gleichsam zur Strafe, so behandelt werden müßten, als hätten sie die Waare acceptirt, die rechtliche Folge ihres Verzuges vielmehr nur die ist, daß sie verpflichtet sind, den klägerischen Mandanten vollständigen Ersatz für alle denselben aus ihrem Verzuge entstandenen Nachtheile zu leisten;

da aber die Beklagten durch ihre Schreiben an den mand. nom. Kläger vom 27. und 28. Septbr. die unberechtigte Erklärung vom 26. Sept. revocirten und Auslieferung der Waare gegen die früher offerirte Deposition anboten;

da somit die Bekl. vom 28. Sept. an nicht weiter in mora waren und demzufolge ihre Ersatzpflicht sich auf die Nachtheile beschränkt, welche den klägerischen Mandanten daraus erwachsen sein möchten, daß ihnen die Waare vom 26. bis zum 28. September vorenthalten wurde;

da der vom mand. nom. Kläger hervorgehobene Umstand, daß die Beklagten für ihre etwaigen Schadensansprüche anderweitig durch das, was sie von seinen Mandanten in Händen hatten, vollständig gesichert und daß ihre Retention der 10 Kisten somit nur eine Chicane gewesen, unter den obwaltenden Umständen ohne rechtliche Bedeutung ist, weil die klägerischen Mandanten sowohl in ihrem Schreiben vom 7. Sept., als in dem Proteste vom 26. Sept. desselben gar nicht erwähnten, vielmehr pure die Depositton angeboten und somit selbst davon abstrahirt haben, ihre anderweitigen Rechnungsverhältnisse mit den Beklagten in den Streit über die hier in Frage stehenden 10 Kisten hineinzuziehen;

da nach allem diesen das Principal-Petitum der Klage rechtlich nicht fundirt ist;

daß Bekl. in conventione zu verurtheilen gegen Bestellung einer klägerischen Caution für die Kosten zur Summe von Bc.-M. 100. — und für die Widerklage zum Betrage von Bc.-M. 2303. 3 Schill. dem mand nom. Kläger die in der Anl. 1 näher bezeichneten 10 Kisten Nähnadeln, sub poena executionis auf den Betrag von Bc.-M. 5329. — innerhalb 8 Tage hierselbst auszuliefern;

daß Bekl. mit ihren erhobenen Schadensansprüchen zur

Digitized by Google

innerhalb gesetzlichen Frist anzustellenden Widerklage zu verweisen, dem mand. nom. Kläger aber auch seinerseits alle Gerechtsame wegen eines seinen Mandanten etwa daraus erwachsenen Schadens zu reserviren, daß die Bekl. sie vom 26. Sept. bis zum 28. Sept. a. c. durch Stellung ungerechtfertigter Bedingungen verhinderten, die Waaren in Empfang zu nehmen und über dieselbe disponiren zu können.

Das Erkenntniß über die Kosten der Convention wird bis zur definitiven Entscheidung in reconventione ausgesetzt.

Auf beiderseitige Appellation erkennt das Obergericht am 4. Febr. 1867:

Da es der Erörterung der jetzt vom mand. nom. Kläger geltend gemachten und auch beiderseits im Proteste vom 25. Sept. hervorgehobenen Auffassung nicht bedarf, der zufolge Bekl., weil sie für ihre angeblichen Schadensansprüche in Betreff der hier fraglichen 10 Kisten Nadeln anderweitig vollständige Deckung in den von ihnen nach China versendeten 6 und 5 Kisten Nadeln in Händen hatten, gar nicht berechtigt waren, die Auslieferung der den Klägern zur Disposition gestellten 10 Kisten durch das Verlangen weiterer Sicherheitsbestellung für ihre angeblichen Schadensansprüche zu bedingen, indem die Beklagten jedenfalls dadurch — wie auch das Erkenntniß a quo anerkennt — in schuldvollen Verzug geriethen, daß sie das im Proteste vom 25. Sept. 1867 gestellte, vollkommen berechtigte klägerische Verlangen der Auslieferung jener, zur Disposition gestellten 10 Kisten, gegen gerichtliche Deposition eines ihren angeblichen Schadensanspruch um nahezu Bc.-M. 100.— übersteigenden Betrages, durch die dem protestirenden Notar gegebene Erklärung zurückwiesen:

„sie lieferten die fraglichen Kisten nur nach vorangegangener Klage aus."

Da auch der zunächst von den Beklagten selbst in ihren Briefen vom 27. und 28. September gemachte, im Laufe des Processes vom beklagtischen Sachführer mehrfach wiederholte Versuch, dieser beklagtischen Erklärung eine mit dem Wortlaute derselben unvereinbare Deutung unterzulegen, um so mehr für verfehlt zu erachten ist, als die Bekl. sich zu diesem Versuche erst dann veranlaßt gesehen haben, als die ihnen am Morgen des 27. durch den Notar, unter Bezugnahme auf den Protest vom 25., notificirte klägerische Lossagung

Digitized by Google

von der beklagtischen Ablehnung und zur Disposition-Stellung der Waare, von dem beklagtischen Associé Schabert verbis:

„er lasse diesen Zusatz auf seinem Werthe oder Unwerthe beruhen."

unbeachtet geblieben war, während sie doch, wäre ihre frühere Erklärung wirklich mißverstanden worden, nicht unterlassen haben könnten, dieses Mißverständniß bei dieser Gelegenheit zur Sprache zu bringen;

da es auch der Erörterung nicht bedarf, ob etwa die Bekl. berechtigt gewesen wären, eine der Auslieferung vorgängige, von beiden Parteien als maßgebend anzuerkennende Besichtigung und Begutachtung der Waare zu verlangen, indem sie ein solches Verlangen weder am 25. noch am 27. Sept. dem Notar gegenüber gestellt haben, vielmehr erst dann, als Kläger bereits erklärt hatten, daß sie jetzt der Stellung der Waare zu ihrer Verfügung keine Folge mehr geben werden, in ihrem Briefe vom 27. September in dieser Richtung einen jedenfalls verspäteten Wunsch aussprachen;

da es sich demnach nur darum handelt, welche rechtliche Folgen an die beklagtische, durch ihre Ablehnung vom 25. Sept. eingetretene mora zu knüpfen sind, ob:

1. wie das Erkenntniß a quo annimmt, die beklagtische mora durch die später abgegebene Erklärung der Beklagten, das Versäumte nachholen zu wollen, für dergestalt purgirt zu erachten ist, daß nur von einem Ersatze des durch die Verspätung dieser Erklärung erwachsenen Schadens die Rede sein könnte;

oder ob

2. wie eventuell die Beklagten vermeinen, das frühere Einverständniß der Parteien, demzufolge die Waare von Seiten der Kläger, unter Vorbehalt beklagtischer, durch gerichtliche Deposition zu sichernder Schadensansprüche, zurückzunehmen wäre, freilich seine die Kläger verbindende Kraft eingebüßt hätte, so jedoch, daß nunmehr auf die innere Berechtigung der beklagtischen Ablehnung der Waare, verbunden mit Schadensansprüchen wegen uncontractlicher Lieferung, zurückzukommen wäre;

oder ob

3. wie Kläger wollen, die Ablehnung und Stellung der Waare zur Verfügung als wirkungslos zu behandeln wäre, und deßhalb die Beklagten die Waare zu behalten und zu bezahlen hätten;

Digitized by Google

da nun zunächst der Auffassung des Erkenntnisses a quo nicht beigetreten werden kann, weil eine purgatio morae dann nicht mehr zulässig ist, wenn der Contrahent, gegen den eine fällige Verbindlichkeit zu erfüllen war, interpellirt und seine berechtigte Interpellation als eine nicht zu attendirende zurückgewiesen gesehen hat, und vollends wenn er, in Folge dieser Zurückweisung, seine Willensmeinung dahin kund gethan hat, das obligatorische Verhältniß, um dessen Abwickelung es sich handelte, als erloschen behandeln zu wollen;

da aber auch der eventuellen beklagtischen Auffassung nicht beigetreten werden kann, weil der Besteller einer Waare, wenn er dieselbe wegen angeblicher Uncontractlichkeit, unter Geltendmachung von Schadensansprüchen wegen Nichterfüllung, zurückweisen will, zu solcher Zurückweisung nur dann berechtigt ist, wenn er seinen Contrahenten in die Lage versetzt, sofort, gegen Sicherstellung in Betreff zur Retention berechtigender Schadensansprüche, anderweitig über seine Waare verfügen zu können;

da demnach die Beklagten, wenn sie diese unerläßliche Bedingung, an welche ihre etwaige Berechtigung zum Aufschießen und zur Stellung der Waare zur Verfügung gebunden war, und unter welcher Bedingung die Kläger sich mit der Ablehnung der Waare einverstanden erklärt hatten, wiederholter klägerischer Aufforderung ungeachtet unerfüllt ließen, ihre Erklärung, aufschießen und zur Verfügung stellen zu wollen, aller rechtlichen Wirkung entkleideten, und sich demnach des bedingten Rechtes zum Aufschießen der Waare verlustig machten;

da bei dieser Auffassung die beklagtischen Beschwerden ohne Weiteres hinfällig werden:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 6. Dec. 1866 wiederum aufzuheben und Beklagte zu verurtheilen, dem mand. nom. Kläger die libellirten Bancomark 5329 — nebst Zinsen vom 9. Jan. d. J. (dem Verfalltage der klägerischen Tratte) innerhalb 8 Tage bei Vermeidung der Execution zu bezahlen, auch demselben die in erster Instanz erwachsenen Kosten zu erstatten, wogegen die Kosten des beiderseitigen appellatorii compensirt werden.

Auf Appellation der Beklagten erkennt das Oberappellationsgericht am 23. Dec. 1867:

Digitized by Google

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 4. Febr. 1867 aufzuheben und, unter einstweiliger Suspendirung des Handelsgerichts-Erkenntnisses v. 6. Dec. 1866, die Sache zur weiteren Verhandlung und demnächstigen Entscheidung über die der principalen Klage entgegengestellte Einwendung der Unempfangbarkeit der Waare und die damit verbundene Wiederklage an das Handelsgericht zurückzuverweisen sei.

Die Kosten erster Instanz werden ausgesetzt, die der zweiten und dritten Instanz aber verglichen.

Entscheidungsgründe:

I. Die vorigen Gerichte stimmen darin überein, daß Beklagte durch die am 25. Sept. 1866 erfolgte notarielle Aufforderung, die libellirten 10 Kisten Nähnadeln gegen gerichtliche Deposition der Summe von Bancomark 2400 — an die Kläger auszuliefern und die darauf von ihnen ertheilte Antwort: „Sie lieferten die fraglichen Kisten nur nach vorhergegangener Klage aus," in Verzug gesetzt worden seien; nicht aber über die hieran sich knüpfenden rechtlichen Folgen. Und dieß sind im vorliegenden Falle keine trennbaren Punkte. Denn die Folgen sind durch den juristischen Charakter der Rechtswidrigkeit der Beklagten bedingt, und über diesen sind die vorigen Gerichte, ungeachtet sie sich dafür derselben technischen Bezeichnung bedienen, keineswegs einverstanden. Was hiernach allein als durch conforme Entscheidungen festgestellt angesehen werden kann, ist: daß Beklagte die Auslieferung der fraglichen zur Disposition der Kläger gestellten 10 Kisten nicht von der vorgängigen Bezahlung ihres angeblichen Entschädigungs-Anspruchs von Bm. 2303. 3 S. abhängig machen durften, sondern verpflichtet waren, dieselben gegen genügende Sicherstellung jenes ihres Anspruchs herauszugeben, so wie daß in ihrer oben erwähnten Antwort eine Weigerung, dieser Pflicht nachzukommen, gelegen hat, — Punkte, die ohnehin nach Art. 315 des allg. d. H.-G.-B. und bei dem anzweideutigen Inhalte jener Antwort keinem Zweifel unterliegen.

II. Die Beschwerden beziehen sich zunächst auf die princi-

Digitized by Google

pale, die Bezahlung des Kaufpreises der fraglichen 10 Kisten Nadeln u. w. d. a. bezweckende Klage, die vom Handelsgerichte zurückgewiesen, und welcher dagegen vom Obergerichte entsprochen worden ist. Beklagte fordern Abweisung dieser Klage und Verurtheilung der Kläger in der auf Schadenersatz gerichteten Widerklage, eventuell eine den Klägern über die Probemäßigkeit der Waare zu machende Beweisauflage und in äußerster Eventualität, daß ihr (der Beklagten) Recht auf Schadenersatz anerkannt und demgemäß nur die Deposition des Facturabetrags und Zulassung zur Widerklage verfügt werde.

Die Klage ist auf Vertragserfüllung gerichtet und durch die Behauptung des geschlossenen Kaufs und der erfolgten Lieferung begründet. Es ist nur eine anticipirte Replik, wenn Kläger gleich in dem Libell darauf hingewiesen haben, daß sie an ihre Annahme der Dispositionsstellung jener 10 Kisten nicht mehr gebunden und Beklagte nicht mehr berechtigt seien, eine angebliche Contractswidrigkeit der Waare geltend zu machen. In der That haben denn auch die Beklagten, während sie den Kauf und die Lieferung nicht bestritten, der Klage entgegengestellt:

A. daß Kläger, nachdem sie die Dispositionsstellung angenommen, sich einseitig nicht wieder davon hätten lossagen können; und eventuell

B. daß die Waare probewidrig und unbrauchbar sei und deßhalb von ihnen nicht empfangen zu werden brauchte; womit sie

C. eine Widerklage auf Ersatz des durch Wiederverkauf zu erzielenden, aber bei der uncontractwidrigen Beschaffenheit der Waare ihnen entgangenen Gewinnes verbunden haben.

Zu A. ist der Sachverhalt der folgende:

Nachdem die fraglichen 10 Kisten am 9. Juli von Iserlohn nach Rotterdam versandt und von da nach Hamburg gelangt waren, schrieben Beklagte am 30. Juli den Klägern, unter näherer Angabe der vorgefundenen Mängel, daß die Nadeln in Qualität geringer als die Probe fielen und nicht richtig assortirt seien, machten einen Vorschlag zur Regulirung der Sache und erklärten zugleich, daß, wenn Kläger sich hierauf nicht einlassen wollten, die Waare gegen Bezahlung des ihnen, den Beklagten, entgangenen Gewinnes zu deren Verfügung stehe.

Digitized by Google

H.-Ger.-Act. (13), vergl. auch (6), S. 3.

Kläger lehnten jenen Vorschlag ab und Beklagte erklärten darauf mittelst Schreibens vom 24. August, daß sie die fraglichen 10 Kisten, welche noch in Hamburg lagerten, als nicht empfangen ansähen, da dieselben nicht, wie sie sie bestellt hätten, ausfielen. „Selbige stehen zu Ihrer Verfügung gegen Vergütung des uns durch Ihre mangelhafte Lieferung verursachten Schadens."

Daf. (7).

Die Kläger antworteten am 7. Sept., daß, obschon sie den Beklagten das Recht der Dispositionsstellung der fraglichen 10 Kisten, „die durchaus nach Auftrag in untadelhafter Waare ausgeführt," bestritten, sie doch deren Verfügung angenommen, die Waare bereits anderweitig verkauft hätten, und sie, „unter gerichtlicher Deponirung" des von den Beklagten zu beanspruchenden Schadenserſatz, über dessen Belauf sie umgehender Mittheilung entgegensähen, in diesen Tagen abholen lassen würden:

Daf. (8).

worauf Beklagte am 11. Sept., unter Beifügung einer Schadensberechnung, entgegneten: Die fraglichen Kisten ständen zur Disposition der Kläger „gegen Zahlung von Bancomark 2303. 3 S."

Daf. (9).

Es kann den Beklagten nicht beigetreten werden, wenn sie als das Ergebniß dieser Verhandlungen eine im Einverständnisse der Parteien erfolgte Aufhebung des Handels bezeichnen, welcher letztere nicht dadurch wieder habe perfect werden können, daß Beklagte nicht sofort, als die Auslieferung der Waare verlangt wurde, dieselbe bewirkten. Wenn Kläger den Vorwurf der Contractwidrigkeit der Waare nicht anerkannten, und das Recht der Beklagten zur Dispositionsstellung bestritten, gleichwohl aber dieselbe sich gefallen ließen, so geschah dieß offenbar nur, um dadurch Weiterungen zu entgehen und mittelst sofortiger anderweiter Verfügung über die Waare sich für den Ausfall decken zu können, den sie in dem Geschäfte mit den Beklagten erlitten. Ihre Erklärung, „sie hätten die Dispositionsstellung angenommen" und „sie würden die Waare, unter gerichtlicher Deponirung des von den Beklagten beanspruchten Schadensersatzes, in den nächsten Tagen abholen lassen," bilden daher ein

Digitized by Google

untrennbares Ganzes. Die Beklagten konnten nicht dadurch, daß sie den ersten Theil dieser Erklärung acceptirten, den zweiten aber, indem sie vielmehr „Zahlung" der Bancomark 2303. 3 S. verlangten, zurückwiesen, sofort ein perfectes Uebereinkommen über Auflösung des Kaufvertrags mit Vorbehalt ihrer Entschädigungsansprüche herbeiführen. Es blieb vielmehr, bis man sich über die Bedingungen, unter denen die Waare zurückzuempfangen sei, geeinigt hatte, noch Alles suspendirt. Nachdem daher die Beklagten auf die notarielle Aufforderung vom 25. Sept., gegen die angebotene gerichtliche Deposition einer ihren Schadensanspruch um fast 100 Mark übersteigenden Summe die fraglichen 10 Kisten auszuliefern, eine Herausgabe unter dieser dem Gesetze entsprechenden Bedingung entschieden verweigert hatten, waren Kläger noch immer berechtigt, ihrerseits zu erklären, daß sie sich auf keine Dispositionsstellung mehr einlassen würden, sondern Bezahlung der Waare mit Schäden und Kosten verlangten.

Zu B. und C. sind Kläger der Ansicht, und das Obergericht ist ihnen hierin beigetreten, daß Beklagte, wegen contractwidriger Beschaffenheit die Waare aufzuschießen und ihrerseits Schadensansprüche geltend zu machen, nur unter der Bedingung berechtigt gewesen seien, daß sie die Waare gegen Sicherstellung ihrer Schadensansprüche sofort den Klägern zur Verfügung überließen, und daß, da sie sich dessen geweigert, sie damit selbst ihre Erklärung, aufschießen und zur Disposition stellen zu wollen, aller rechtlichen Wirkung entkleidet und des Rechts zur Aufschießung der Waare sich verlustig gemacht haben. Diese Ansicht findet jedoch in dem bestehenden Rechte keine Begründung.

1. Das allg. d. H.-G.-B. verpflichtet in Art. 347 den Käufer einer von einem anderen Orte übersandten Waare nur, dieselbe unverzüglich zu untersuchen, und wenn sie sich nicht als vertragsmäßig ergibt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen, und knüpft nur an die Versäumung dieser Obliegenheit den Rechtsnachtheil, daß die Waare als genehmigt gilt. Hierin aber haben sich die Beklagten keine Verzögerung zu Schulden kommen lassen; sie haben bereits am 30. Juni den Klägern Anzeige von der angeblich probewidrigen Beschaffenheit der in den fraglichen 10 Kisten enthaltenen Waare gemacht, und Kläger haben diese Anzeige als eine verspätete

Digitized by Google

ſo wenig gerügt, daß ſie vielmehr die Dispoſitionsſtellung annehmen zu wollen erklärten.

Daß der Käufer *neben* der fraglichen Anzeige und unter gleichem Präjudiz auch eine Erklärung *darüber* abgeben müſſe, ob er die contractwidrig befundene Waare aufſchießen und zur Dispoſition des Verkäufers ſtellen, oder ob er ſie gegen Preisminderung behalten wolle, ergibt ſich weder aus dem Geſetze, noch aus der Natur des Verhältniſſes. Der Verkäufer wird ſchon durch die bloße Mittheilung der gegen die Waare erhobenen Ausſtellungen in die Lage geſetzt, die zur Wahrung ſeiner Rechte erforderlichen Schritte zu thun, insbeſondere den Zuſtand der Waare durch Sachverſtändige unterſuchen laſſen (Art. 348, Abſ. 2), um ſich ſeinerſeits darüber erklären zu können, ob er auf deren Abnahme und Erfüllung des Vertrages beſtehen wolle, oder welche Vorſchläge er ſonſt zu machen habe. Ohne Zweifel wird er zu dieſem Behufe auch auf eine Erklärung des Käufers über *ſeine* Intention dringen können. Aber man iſt doch nicht ohne Weiteres berechtigt, eine Verſäumung des Käufers in ſolcher Erklärung, der Verſäumung der geſetzlich vorgeſchriebenen Anzeige gleichzuſtellen. Geht man alſo auch, mit dem Obergericht, davon aus, daß Beklagte durch ihre ſpätere Weigerung der Herausgabe der Waare ihre *frühere* Erklärung, dieſelbe aufſchießen und zur Dispoſition der Kläger ſtellen zu wollen, vernichtet haben, ſo würden ſie doch darum allein noch nicht das Recht verloren haben, den Empfang jetzt noch wegen der rechtzeitig angezeigten contractwidrigen Beſchaffenheit der Waare abzulehnen, ſelbſtverſtändlich unter Verpflichtung zum Erſatze des den Klägern durch ihren Verzug zugefügten Schadens.

2. Es kann aber überhaupt der Vorausſetzung, von welcher die vorigen Richter ausgehen, nicht beigepflichtet werden. Die Dispoſitionsſtellung iſt nicht ſowohl die *Bedingung* als vielmehr die *rechtliche Folge* der Erklärung des Käufers, wegen contractwidriger Beſchaffenheit der Waare dieſelbe nicht annehmen zu wollen. Wenn es daher auch ſeine vollkommene Richtigkeit hat, daß der Käufer, der durch eine über die Waare getroffene willkürliche Dispoſition ſich außer Stand geſetzt hat, dieſelbe dem Verkäufer zurückzugeben, dadurch des Rechts, den Handel aufzulöſen, verluſtig wird, ſo ſteht die Sache doch in einem Falle, wie der vorliegende, ganz anders.

Digitized by Google

Die Beklagten sind factisch noch immer im Stande gewesen, den Klägern die fraglichen 10 Kisten zur freien Verfügung zu überlassen und haben sich dessen nur aus einem rechtlichen Grunde geweigert, der mit ihrer erklärten Absicht, die Waare zur Verfügung der Kläger zu stellen, keineswegs im Widerspruche stand, und in dessen Geltendmachung daher auch nicht eine thatsächliche Wiederaufhebung jener Dispositionsstellung gefunden werden konnte. Dem Käufer steht, wie auch von den vorigen Richtern nicht bezweifelt wird, wegen seiner Forderungen an den Verkäufer, ungeachtet der Dispositionsstellung der Waare, ein Retentionsrecht an derselben zu, und wenn er von diesem Rechte im einzelnen Falle einen gesetzwidrigen Gebrauch macht, so wird ihn dieß allerdings zum Ersatze alles Schadens, welcher dem Verkäufer hieraus erwächst, verpflichten; er negirt damit aber nicht die Befugniß des Verkäufers, über die Waare zu verfügen, sondern behauptet nur ein eigenes, diese Befugniß beschränkendes, beziehungsweise suspendirendes Recht. Man kann ihn also darum noch nicht — gleich demjenigen, der selbst über die Waare verfügt hat — so behandeln, als habe er dieselbe empfangen und damit seine Erklärung, sie zur Disposition stellen zu wollen, thatsächlich vernichtet.

Hiernach war die durch den Protest vom 25. Septbr. herbeigeführte rechtliche Sachlage die, daß Kläger die Wahl hatten, ob sie auf Herausgabe der zu ihrer Verfügung gestellten Waare gegen die angebotene Deposition von Crt.-Mk. 2400. — dringen und daneben den durch die rechtswidrige Verweigerung dieser Herausgabe ihnen erwachsenen Schaden verfolgen oder ob sie die Dispositionsstellung nunmehr ablehnen und die Erfüllung des Kaufvertrags fordern wollten. Letzterenfalls aber konnten sie einer Einlassung auf die Einrede der Unempfangbarkeit der Waare und die auf dasselbe Fundament gestützte Widerklage sich nicht entziehen.

Kläger haben aber offenbar ihre replicarische Erklärung unter Herrschaft der Ansicht abgegeben, daß sie zu einer solchen Einlassung gar nicht verpflichtet seien. Sie haben zwar im Allgemeinen geäußert, daß die Monituren gegen die Waare ganz unberechtigt seien, aber eine specielle Erklärung auf die Behauptung der Beklagten, es sei nach Probe verkauft gewesen, sowie auf die aus (13) der handelsgerichtlichen Acten ersichtlichen Ausstellungen gegen die Probemäßigkeit der gelieferten Waare noch gar nicht abgegeben, dieß vielmehr

Digitized by Google

als einen Punkt, auf den es nicht ankomme, bezeichnet und eine Einlassung auf den widerklagend erhobenen Entschädigungsanspruch geradezu verweigert. Bei dieser processualischen Sachlage mußte Anstand genommen werden, sofort, wie Beklagte mit ihrer eventuellen Beschwerde verlangen, den Klägern den Beweis der Probemäßigkeit der Waare aufzuerlegen, und es vielmehr angemessen erscheinen, diesen Streitpunkt zur weiteren Verhandlung und demnächstigen Beurtheilung an die erste Instanz zurückzuverweisen.

Hierfür spricht auch der Grund, daß es für fraglich gehalten werden muß, ob Kläger, wenn sie nicht eine reine Bestätigung des Obergerichts-Erkenntnisses erlangen, sondern ihren Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrags noch von einem Beweisverfahren über die Beschaffenheit der Waare abhängig sehen, es nicht vorziehen werden, ihre principale Klage ganz fallen zu lassen und lediglich, wozu sie jederzeit berechtigt sind, die eventuellen, auf Herausgabe der Waare gerichteten Anträge zu verfolgen. Zu einer Erklärung auch in dieser Richtung ist ihnen durch die angeordnete weitere Verhandlung Gelegenheit gegeben.

III. Für den Fall, daß Kläger jetzt schon auf ihre principale Klage verzichten, oder daß das über dieselbe einzuleitende Beweisverfahren zu ihren Ungunsten ausfallen sollte, würde die eventuelle Klage in Betracht kommen. Das Handelsgericht hat derselben insoweit entsprochen, als es die Beklagten verurtheilte, gegen Bestellung einer klägerischen Caution für die Widerklage zum Betrage von Bco.-Mk. 2303. 3 Sch. dem m. n. Kläger die fraglichen 10 Kisten sub poena executionis auf den Facturabetrag von Bco.-Mk. 5829. — auszuliefern, die Schadensansprüche der Beklagten zur Widerklage verwies und den Klägern alle Gerechtsame wegen eines etwa daraus ihnen entstandenen Schadens reservirte, daß die Beklagten sie vom 26.—28. Septbr. 1866 verhindert haben, die Waare in Empfang zu nehmen und darüber zu disponiren.

Bei diesem Erkenntnisse haben sich die Kläger, die sich überall nur wegen Verwerfung ihrer principalen Klage beschwerten, eventuell beruhigt. Beklagtischerseits aber sind dagegen in voriger Instanz und auch jetzt wieder Beschwerden erhoben worden. Allein sollten Beklagte

1. ihre Principal-Beschwerde: daß nicht Kläger unter Verur-

Digitized by Google

theilung in die Kosten mit ihrer Klage abgewiesen und dagegen in die Bezahlung des Schadens praevia justificatione verurtheilt worden, auf die eventuelle Klage beziehungsweise die dieser gegenübergestellte Widerklage mitbezogen haben, — was nach ihrem eigenen Zugeständnisse: „gegen das eventuelle petitum konnten Beklagte natürlich nichts einwenden, wofern der fremde Kläger Caution für Kosten und Widerklage bestellt hatte:"

O.-App.-Ger.-Act. (1), S. 7,

kaum angenommen werden kann, — so würde sich diese Beschwerde, weil über die in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden hinausgehend, als unzulässig darstellen.

2. Beim Obergerichte haben Beklagte allein darüber sich beschwert, daß den Klägern überhaupt Gerechtsame wegen ihres Schadens reservirt und eventuell, daß in dem Handelsgerichts-Erkenntnisse die Zeit vom 26.—28. Septbr. als diejenige genannt worden, für welche Beklagte eventuell haftbar seien, und solche Beschwerde in gegenwärtiger Instanz nur insoweit wiederholt, als in der ersten Eventual-Beschwerde auf Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses „mit Begränzung der Haftpflicht für den 26. Septbr., eventuell nur den 26. und 27. Septbr. allein" angetragen worden ist.

Diese Beschwerde stellt sich jedoch ebenfalls als unstatthaft dar, da in dem bloßen Vorbehalte von Gerechtsamen hinsichtlich eines angeblichen Schadensanspruches (den Kläger überhaupt ausweislich ihres eventuellen Klagpetitums noch gar nicht zum Gegenstande der richterlichen Cognition hatten machen wollen) eine Rechtsverletzung dessen, dem gegenüber dieser Vorbehalt ausgesprochen ist, noch nicht gefunden werden kann.

Es mag übrigens bei dieser Gelegenheit darauf aufmerksam gemacht werden, daß es auf einem bloßen Schreibfehler, den das erkennende Gericht jederzeit selbst berichtigen kann, zu beruhen scheint, wenn das Handelsgericht als den Tag, wo der Protest in Anl. 5 erhoben und mittelst desselben die Beklagten in Verzug gesetzt worden, den 26. Septbr. 1866 bezeichnet hat, während dieser Vorgang in Wahrheit auf den 25. Septbr. fällt.

IV. Mußte dem Vorstehenden nach unter Aufhebung des Obergerichts- und einstweiliger Suspendirung des Handelsgerichts-Erkenntnisses zunächst auf weitere Instruction der Sache bezüglich

Digitized by Google

der principalen Klage erkannt werden, so waren die Kosten erster Instanz noch auszusetzen, die der beiden höheren Instanzen aber, wegen des Wechsels der Erkenntnisse, zu vergleichen.

Dr. G. Hertz m. n. Borgartz & Co., Kl., c. Schabert & Möller, Bekl.

Zu Art. 322. 356. 357.

Da nach dem Wortlaute der Anl. 2 u. 3 vom 2. resp. 9. Sept. 1866 „sofort zu liefern" die Beklagten eine Lieferung am 6. Novbr. 1866 sich nicht gefallen zu lassen brauchten, auch es für sie nach Art. 357 des H.-G.-B.s nicht erforderlich war, eine Anzeige vor Geltendmachung des Rücktrittsrechts an den Kläger zu machen, um vom Handel abzugehen,

während, wenn die Beklagten damit einverstanden gewesen wären, daß Kläger das zu den Kragendosen erforderliche Leder erst von Mainz verschrieben, dem Kläger eine sachgemäße Frist für die Lieferung eingeräumt sein würde und eine Mahnung vor Ausübung des Rücktrittrechts nach Art. 356 des H.-G.-B.s nöthig gewesen sein würde, sodaß dann die Beklagten auf ihre Notiz unter Anlage 1 sich nicht würden berufen können;

da aber Kläger ein beklagtisches Einverständniß mit der veränderten Lieferzeit gar nicht behauptet hat, ein neuer Contract nach Maßgabe Art. 322 des H.-G.-B.s also als geschlossen nicht angesehen werden kann, indem ein stillschweigendes Einverständniß, daß die Worte „sofort zu liefern" auf eine mehrmonatliche Lieferzeit auszudehnen seien, daraus nicht gefolgert werden darf, daß Beklagter bei früheren ähnlichen Bestellungen, Anl. 4—7, einer Ausführung von resp. 8, 14 Tagen und 4 Wochen, die Lieferung angenommen haben;

da es auch auf die eventuelle Behauptung, daß Beklagte nach Anstellung der Klage die Annahme der Waare compensatis expensis offerirt haben, nicht ankommt, weil Kläger nicht behauptet hat, daß er diese Offerten angenommen habe,

daß Kläger unter Verurtheilung derselben in die Kosten mit der erhobenen Klage abzuweisen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 10. April 1867 in S. E. O. Schmidt c. Oppenheim & Rappolt.

Digitized by Google

Zu Art. 332.

Da für die Bestätigung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses die Erwägung entscheidend ist, daß der beklagtischen Gesellschaft kein Mittel zu Gebote steht, die während der Dauer des Processes abgetretenen Directions-Mitglieder zur eidlichen Erhärtung ihres Wissens oder ihres Glaubens in Betreff des Beweisthema zu nöthigen, während dem Kläger, wie vom Handelsgerichte angedeutet worden, unbenommen gewesen sein würde, dieselben, falls er sich von ihren Depositionen Ersprießliches versprochen hätte, nach ihrem Ausscheiden aus der Direction als Zeugen, und zwar selbst nach abgelaufener Beweisantretungspflicht als erst mittlerweile zulässig gewordene Zeugen in Vorschlag zu bringen,

da auch die Vorschrift des Art. 232 des allg. d. H.-G.-B.s:

„Eide Namens der Gesellschaft werden durch den Vorstand derselben geleistet"

nur auf die zur Zeit der Erklärung über den deferirten Eid oder allerhöchstens auf die zur Zeit der Eidesdelation fungirenden Vorstands-Mitglieder bezogen werden kann,

daß das handelsgerichtl. Erkenntniß ꝛc. zu confirmiren.

Obergerichtliches Erkenntniß vom 22. Nov. 1867 in Sachen Steffens c. die Bergedorfer Actien-Bierbrauereigef.

Zu Art. 343 des Handelsgesetzbuchs.
Art. 15 des Hamb. Einf.-Gesetzes zum allg. d. H.-G.-B.

Da der Art. 343 des H.-G.-B.s dem Verkäufer, falls der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge ist, zwar die Befugniß ertheilt, die fragliche Waare für Rechnung des Käufers auch nicht öffentlich verkaufen zu lassen, jedoch bei Ausübung dieser Befugniß bestimmte Formen vorschreibt, namentlich die, daß solcher Verkauf durch Vermittlung eines Dritten, und zwar entweder eines Handelsmäklers, worunter im H.-G.-B. unzweifelhaft ein nach Vorschrift des 7. Titels des I. Buches amtlich bestellter und beeidigter Mäkler zu verstehen ist, oder immer durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zu bewirken ist;

da nun die Kläger geständlich die in Rede stehenden 12 bis 13 und $1^1/_2$ Last Rappsaat durch Wilhelm Flohr haben verkaufen lassen,

Digitized by Google

welcher weder beeidigter Handelsmäkler, noch zur Abhaltung von Auctionen beeidigt und befugt ist;

da die Kläger in Folge dessen jedenfalls mit ihrem erhobenen Anspruche abgewiesen werden müssen und es also keiner Entscheidung darüber bedarf, ob nach den vorgetragenen Thatsachen die Beklagten überhaupt zum Empfange der Rappsaat verpflichtet wären oder nicht;

da sich die Kläger wegen Vernachlässigung der vorgeschriebenen Form beim Verkaufe auch nicht etwa darauf berufen können, daß an der Hamburger Börse für den vorschriftsmäßigen Verkauf von Getreide die geeigneten Persönlichkeiten nicht vorhanden seien, eine Berufung die allerdings für Staatspapiere durch das Erkenntniß erster Kammer des Handelsgerichts in S. Dr. S. Israel gegen Böhmer v. 21. Juli 1866 Berücksichtigung gefunden hat und zwar, weil das amtliche Verzeichniß der auf Grund des Art. 15 des Hamburgischen Einführungsgesetzes zum allg. d. H.-G.-B. vom 22. Dec. 1865 zur Abhaltung von Versteigerungen beeidigten und befugten Personen eine große Anzahl von unbeeidigten Mäklern enthält, welche sich notorisch hauptsächlich der Vermittelung von Geschäften im Getreidefache widmen:

daß Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten des Processes, mit ihrer Klage abzuweisen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 27. Mai 1867 in S. Hesse Gebr. c. G. W. Reye & Söhne.

Zu Art. 343. 354. 357.

Kläger hat den Beklagten pr. ultimo Mai 1866 10,000 Fl. österreichische Credit-Bank-Actien zum Course von 64¼ % verkauft gehabt, Beklagte haben jedoch den Empfang dieser Actien laut notariellen Protestes verweigert. Kläger hat an jenem Tage an J. G. Japha die Actien zum Tagescourse von 49 % weiter verkauft und verlangt nun klagend die Bezahlung der Coursdifferenz groß 2033 B.-Mark 5 S.

Beklagte räumen den Kauf ein. Kläger habe ihnen jedoch einige Tage vor dem Lieferungstermine proponirt, das Geschäft zu reguliren, da er, weil er seine Zahlungen eingestellt, zur Lieferung der Actien nicht im Stande sei. Diese Regulirung und zwar zu 49½ % sei geschehen und dabei vereinbart, daß Beklagte diese Differenz per Cassa

Digitized by Google

und zwar nach ihrer Convenienz bezahlen sollten. Kläger sei ihnen, als sie sich ultimo Mai zur Bank begeben, begegnet und habe von ihnen die Unterschrift eines Reverses über die betreffende Differenz zu Gunsten des Fallitenbuchhalters Loehrs verlangt. Als sie eine solche Unterschrift nicht hätten leisten wollen, habe Kläger die sofortige Zahlung per Banco verlangt, sie dagegen hätten sich auf ihre frühere Verabredung berufen und schließlich erklärt, wenn Kläger das Arrangement nicht aufrecht erhalten wolle, so verlangten sie von ihm die Lieferung der Actien, zu deren Empfang sie sich bereit erklärten. Es habe aber der Kläger nicht offerirt, statt dessen sei an der Börse der Notar Dr. Asher um 2 Uhr, angeblich im Auftrage des Klägers, bei ihnen erschienen und habe ihnen eine Note über 10,000 Fl. übergeben. Diese Note sei unterzeichnet gewesen

„in Banco an die Vereinsbank
per Siegfried Schiff
C. D. Ramm."

Zur selben Zeit habe der Notar sie aufgefordert, die fraglichen Actien zu empfangen, ihnen jedoch dieselben in natura nicht offerirt. Sollte daher die in dem Protest enthaltene Erklärung des Notars, daß er die Stücke ihnen offerirt habe, die Bedeutung einer thatsächlichen Offerte haben, so müßten Beklagte die Richtigkeit derselben bestreiten. Sie hätten dem Notar geantwortet, sie wollten sich erkundigen, ob sie zum Empfange verpflichtet seien, der Notar sei dann gleich darauf wieder zu ihnen gekommen und habe wegen Nichtempfanges der Actien Protest erhoben. — Die Sache stehe nun so, daß dem Kläger ein Recht gegen sie überall nicht mehr zustehe. Das frühere Arrangement sei wieder aufgehoben, Kläger habe auch dieses Arrangement seiner Klage nicht zu Grunde gelegt. Sie seien aber zum Empfange nicht verpflichtet gewesen, weil nicht zu rechter Zeit offerirt worden, da erst um 2 Uhr der Notar zu ihnen gekommen sei und sie zu dieser Zeit nicht mehr per Bank hätten abschreiben können. Alsdann sei die Börse kein zur Offerte geeigneter Ort, und endlich sei nicht realiter offerirt worden. Außerdem sei die Offerte, welche den Protest enthalte, nicht in Ordnung, da Siegfried Schiff offerirt habe, mit diesem ständen sie in gar keinem contractlichen Verhältniß. Es werde bestritten, daß Kläger zu 49% weiter verkauft habe, nach Art. 343 des a. d. H.-G.-B.s hätte derselbe auch durch einen Han-

Digitized by Google

delsmäkler oder einen zu öffentlichen Versteigerungen befugten Beamten verkaufen lassen müssen.

Kläger replicirt: der factische Hergang sei der folgende gewesen: Die Parteien seien am 30. Mai dahin übereingekommen, daß Kläger die Actien zu 49¼% von den Beklagten zurückkaufen sollte und Beklagte ihm demgemäß die Differenz mit 15% zu erstatten hätten. Er habe am 31. Mai dem Beklagten Rechnung ertheilt und Zahlung verlangt, dieselben aber hätten erklärt, augenblicklich weder Banco noch Cassa zur Hand zu haben; darauf habe Kläger den Bekl. eine Frist bewilligen wollen, falls Letztere einen Revers zu Gunsten des Fallitenbuchhalters Loehrs unterschrieben, worin sie die Schuld anerkennen, Beklagte hätten aber diese Unterschrift verweigert und erklärt, sie verlangten nunmehr die Lieferung der Actien. Diese Lieferung habe Kläger denn auch in gehöriger Weise vorgenommen, um 2 Uhr an der Börse sei gewiß rechtzeitig und am geeigneten Orte offerirt worden und sei ja auch eine frühere Lieferung nach eigener Angabe der Beklagten gar nicht mehr möglich gewesen. Allerdings habe auch der Notar die Actien thatsächlich offerirt, es würde übrigens auch eine Verbal-Oblation der Stücke genügt haben, um den Käufer in Verzug zu setzen. — S. Neues Archiv für Handelsrecht, III, S. 123. 160; Thöl, Entscheidungen, Nr. 82—84. — Die Unterschrift der bei Offerirung der Actien den Beklagten übergebenen Nota habe, wie sich von selbst verstehe, nur die Bedeutung, daß der Kaufpreis an die Vereinsbank für die Conto des Siegmund Schiff abzuschreiben sei, sei also nichts anderes, als die Aufgabe der Banco-Conto, es habe ja auch der Notar die Actien ausdrücklich Namens des Klägers angeboten. — Eines Verkaufes durch einen beeidigten Mäkler oder einen zu öffentlichen Versteigerungen befugten Beamten habe es nicht bedurft, vielmehr sei Kläger in Gemäßheit Art. 357 des a. d. H.-G.-B.s zu einem sofortigen Weiterverkaufe der nicht empfangenen Actien für Rechnung des Käufers befugt gewesen.

Beklagte dupliciren: Was die factische Sachlage betrifft, so inhäriren sie dem, was sie behauptet, contradiciren aber dem gegnerischen Vorbringen. In rechtlicher Hinsicht müssen sie dabei bleiben, daß an der Börse nicht geliefert werden könne. Eine Realoblation aber habe nicht stattgefunden. Der Art. 343 sei deutlich genug, es werde darin verlangt, daß durch einen Handelsmäkler oder einen zu

Digitized by Google

Versteigerungen befugten Beamten verkauft werde, was jenseits nicht geschehen sei. Der Art. 357 ändere hieran nichts. Inhaerendo prioribus bitten sie Abweisung der Klage refusis expensis.

Das Handelsgericht erkennt unter dem 3. October 1866:

Da die Beklagten, hinsichtlich des mit der Klage vorgelegten Geschäftes, von dem Kläger nicht in Verzug gesetzt erscheinen;

indem ausweise der notariellen Aufforderung nicht der Kläger, sondern, sofern dieser zur Vertretung des Siegmund Schiff berechtigt war, dieser, Siegmund Schiff, ein Contract mit welchem gar nicht behauptet ist, die stattgefundene Aufforderung erlassen hat, woran auch bei der klaren Unterschrift der Nota der Umstand nichts ändert, daß der Notar sagt, er habe auf Requisition des C. D. Ramm gehandelt, da dieser ja jedenfalls in der Sache aufgetreten ist und es sich nur fragt, in welcher Eigenschaft,

bei welcher Sachlage es darauf nicht ankommt, ob die Oblation hinsichtlich der Stücke eine genügende gewesen, indem, wenn auch ein reales Offeriren derselben nicht immer erforderlich ist, so doch stets ein demselben gleich zu achtendes sonstiges Erfüllungserbieten und in der unbestrittenermaßen damals schwierigen Lage des Klägers ein mündliches Offeriren der 10,000 Fl. abseiten desselben für eine genügende Offerte nicht würde erachtet werden können, zumal nach der soweit nicht bestrittenen beklagtischen Geschichtserzählung die Bekl. in dem Laufe der Unterhandlungen zuletzt effective Lieferung der Stücke, wozu sie unzweifelhaft berechtigt waren, verlangt hatten, wie denn auch weiter darauf nicht eingegangen zu werden braucht, daß für eine effective Lieferung die Börse nicht der Platz war, wenn selbst die Zeit unter Umständen für eine unpassende nicht sollte erachtet werden müssen,

da endlich auch die unbestimmte und allgemeine Antwort der Bekl. vom Kläger damals wie jetzt als eine Ablehnung der behaupteten Oblation aufgefaßt und geltend gemacht worden,

daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten dieses Rechtsstreites mit der angestellten Klage abzuweisen.

Auf klägerische Appellation das Ober-Gericht am 25. Jan. 1867:

Da der Umstand, daß zufolge Anl. 2 die Nota, in Gemäßheit deren der vom Kläger requirirte Notar die Beklagten zur Bezahlung des Kaufpreises der offerirten Papiere aufforderte, die Weisung ent-

Digitized by Google

hielt: „In Banco an Vereinsbank per S. Schiff, C. D. Ramm" auch dann offenbar unerheblich sein würde, wenn diese Worte anders als dahin zu verstehen sein sollten, daß der Betrag an die Vereinsbank zur Verfügung von S. Schiff abzuschreiben sei; da auch Beklagte bei Vorzeigung der Nota nicht etwa eine Erläuterung jener Schlußworte verlangt oder damals den unzutreffenden Einwand versucht haben, daß sie das darin angedeutete Verhältniß des Requirenten Ramm zu S. Schiff nicht kümmere; da die fernere beklagtische Obmotion, wonach die fraglichen Papiere nicht wirklich offerirt sein sollen, in Ermangelung einer bestimmten dem Notar gewordenen Entgegnung als durch die Erklärung des Notars widerlegt gelten muß, daß er die Beklagten zur Empfangnahme von Fl. 10,000. Bankactien aufgefordert, Beklagte aber mit der Nota zugleich diese Papiere zurückgewiesen haben; da die etwanigen Bedenken gegen die Opportunität von Ort und Zeit der angebotenen Lieferung schon deshalb hier nicht in Betracht kommen, weil Beklagte nicht bestreiten, daß die Parteien erst kurz vorher von einer anderweitigen Verständigung recedirt waren, hiervon abgesehen aber Beklagte jedenfalls jetzt nicht mehr mit solchen Einwendungen gehört werden dürften, nachdem sie anstatt derselben auf die zweimalige Aufforderung des Notars die Papiere nur mit der ausweichenden und ungehörigen Antwort zurückgewiesen hatten, daß sie sich erst erkundigen wollten, ob sie zur Annahme verpflichtet seien; da sonach von dem beklagtischen Vorbringen nur das Bestreiten der klägerischen Differenzforderung in quanto in Betracht zu ziehen ist, in dieser Hinsicht aber durch Art. 357 des Handelsgesetzbuches für Fälle wie der vorliegende kein anderes Verfahren als dasjenige, welches der Kläger befolgt zu haben angibt, vorgeschrieben ist,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 3. Octbr. 1866 wieder aufzuheben, Beklagte hinsichtlich der Differenz auf die fraglichen Fl. 10,000. österreichische Creditbank-Actien für ersatzpflichtig zu erklären und Kläger in einem vom Handelsgerichte, an welches deshalb die Sache remittirt wird, anzusetzenden Termin sub poena desertionis unter Vorbehalt des Gegenbeweises seine Forderung von Banco-Mark 2033. 5 Schill. oder wieviel weniger durch Nachweisung des Tagescourses der Lieferungszeit zu justificiren habe.

Digitized by Google

Die Kosten der Appellations-Instanz werden compensirt.

Auf beklagtische Appellation erkennt das Ober-Appellations-Gericht der freien Hanseſtädte am 13. Juni 1867:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Hamburg vom 25. Januar 1867 aufzuheben und das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 3. Octbr. 1866, unter Vergleichung der Kosten voriger und jetziger Instanz, wiederherzustellen sei.

Entscheidungsgründe.

Nachdem das Obergericht durch das am 25. Januar 1867 abgegebene Erkenntniß die Beklagten für schuldig erklärt, dem Kläger das Intereſſe der Nichterfüllung des in den Acten berührten Geschäfts über 10,000 Fl. österr. Creditbank-Actien per 31. Mai 1866 zu vergüten, unter der dem Kläger nur noch aufgelegten Verpflichtung, den von ihm angegebenen Tagescours des 31. Mai zu justificiren, haben die Beklagten in jetziger Instanz principaliter Wiederherstellung des absolutorischen Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 3. Oct. 1866 beantragt, eventuell aber verlangt, daß die Condemnation abhängig gemacht werde von dem seitens des Klägers zu führenden Beweise der durch den Notar Dr. Asher geschehenen wirklichen Offerirung von 10,000 Fl. Bankactien.

Die Beklagten stützen sich bei ihrer Beschwerdeführung auf die sämmtlichen vier Vertheidigungsmomente, welche sie der Klage gegenüber schon vor dem Handelsgerichte geltend gemacht haben:

1. Die am 31. Mai 1866 von dem Notar Dr. Asher an sie gerichtete Aufforderung zur Entgegennahme von 10,000 Fl. Bankactien und zur Zahlungsleistung für dieselben, sei wegen der Abfassung der ihnen dabei zugestellten schriftlichen Nota, als von einer anderen Person als dem Kläger (nämlich einem Siegfried Schiff) ausgehend anzusehen gewesen, und sie habe mithin ihr, der Beklagten, Verhältniß zu dem Kläger nicht berührt. Es fehle demnach gänzlich daran, daß sie, die Beklagten, am 31. Mai in Verzug gesetzt worden seien, was gleichwohl, um den klägerischen Anspruch begründet erscheinen zu lassen, hätte geschehen müssen.

2. Der Notar Dr. Asher habe die Bankactien nicht realiter

Digitized by Google

offerirt. Eventualiter hätte auf diesen Punkt eine dem Kläger zu machende Beweisauflage gerichtet werden müssen.

3. Eventualiter sei die an der Börse zur Börsenzeit an die Beklagten gerichtete Aufforderung, die Papiere dort entgegenzunehmen, am ungehörigen Orte und zur ungehörigen Zeit vorgenommen worden. Sie sei folglich als überhaupt nicht geschehen zu behandeln.

Für alle Fälle habe der Kläger seinen Anspruch

4. dadurch verwirkt, daß er, anstatt die Bankactien in Gemäßheit des Art. 343 des Handelsgesetzbuches durch einen Handelsmäkler oder durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten verkaufen zu lassen, dieselben ohne Zuziehung einer der vorgenannten Personen s e l b s t verkauft habe.

Das Handelsgericht hatte die erste der vorstehenden Einwendungen für durchschlagend zu Gunsten der Beklagten erklärt und, ohne über die anderen zu erkennen, den Kläger mit dem erhobenen Anspruche sofort abgewiesen. Das Obergericht hat dagegen nicht nur — reformatorisch im Verhältniß zum Handelsgerichts-Erkenntnisse — die erste Einwendung verworfen, sondern eine gleiche Entscheidung in Betreff der übrigen drei Punkte abgegeben; in Betreff des zweiten, wie schon bemerkt, unter Auflegung einer Justification des berechneten Tagescourses an den Kläger. — Von den hiernach in Folge der beklagtischen Appellation zur Entscheidung der gegenwärtigen Instanz stehenden sämmtlichen vier Einwendungen mußte das Ober-Appellations-Gericht die ersten drei in Uebereinstimmung mit dem Obergerichte und zwar aus dessen Gründen verwerfen, auf welche Gründe hier lediglich verwiesen wird.

Dagegen konnte das Ober-Appellations-Gericht dem Obergericht in Betreff der vierten beklagtischen Einwendung nicht beitreten, diese war vielmehr für begründet zu erklären, und folglich das Handelsgerichts-Erkenntniß seinem dispositiven Theile nach wiederherzustellen.

Ueber das Factische besteht in Betreff des fraglichen Punktes kein Streit. Der Kläger hat nicht behauptet, daß für den Fall des Verzuges besondere Bestimmungen zwischen ihm und den Beklagten bei Eingehung des in Rede stehenden Kaufgeschäfts vereinbart worden seien; für den nachmals eingetretenen Fall des beklagtischen Ver-

Digitized by Google

zuges konnte es demnach nur auf die Anwendung der bezüglichen im Handelsgesetzbuche enthaltenen Bestimmungen ankommen.

Nach diesen sind die Stellung des Verkäufers und diejenige des Käufers beim Verzuge des resp. anderen Theiles von einander verschieden. Während der Käufer beim Verzuge des Verkäufers berechtigt ist, nach seiner Wahl entweder erstens Erfüllung des Geschäfts nebst Vergütung des etwaigen Verspätungs-Interesses zu fordern, oder zweitens von dem Geschäft seinerseits sich loszusagen, oder endlich drittens statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen, und zwar in diesem Falle, wenn es sich um einen Gegenstand wechselnden Preises handelt, einfach die Differenz zwischen dem Preise des vereinbarten Lieferungszeitpunktes und dem Kaufpreise in Anspruch zu nehmen (Art. 355 und 357, Abs. 3), stehen dem Verkäufer im Falle des Verzuges des Käufers freilich die ersten beiden vorbemerkten Befugnisse in entsprechender Weise wie dem Käufer zu, dagegen ist er nicht befugt, lediglich Schadensersatz zu fordern und zwar den Käufer in den Fällen, welche im Uebrigen dazu geeignet sind, einfach zur Vergütung der Preisdifferenz anzuhalten. Das Handelsgesetzbuch läßt dem Verkäufer vielmehr außer den beiden oben angegebenen Wegen nur denjenigen der Verkaufsselbsthülfe offen (Art. 354 u. 357, Abs. 1 u. 2). Durch diese Bestimmung sollte, soweit wie es ohne die Contracts-Autonomie der Parteien zu beschränken thunlich erschien, den sogenannten reinen Differenzgeschäften entgegengewirkt werden.

Protocolle, S. 1411—1412. 4598. 4600.

Vgl. auch Thöl, Handelsr., ed. 4, § 87a, Bd. 1, S. 522 flg.
Endemann, Handelsr., S. 556 flg. u. 579 flg.
Wächter, Handelsr., § 26, Bd. 1, S. 225 flg.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle des Berliner Ober-Tribunals, Bd. 60, S. 238.

Stände dem Verkäufer, ohne eine hierauf gerichtete besondere Vereinbarung, die Geltendmachung der reinen Schadensersatzforderung (des Anspruches auf die Preisdifferenz) dem säumigen Käufer gegenüber frei, so würde es in den vorkommenden Fällen auf die Art, in welcher von der Verkaufsselbsthülfe Gebrauch gemacht wäre, nicht ankommen. Der Verkäufer könnte nämlich von dem etwa unregelmäßig vorgenommenen Verkauf, als einem den Käufer nicht

Digitized by Google

betheiligenden, ganz absehen und einfach die Preisdifferenzforderung geltend machen. Die im Obigen angegebene Beschränkung des Verkäufers läßt indessen dieß unthunlich erscheinen und macht es nothwendig, in den Fällen, in welchen, wie in dem vorliegenden geschehen, der Verkäufer beim Verzuge des Käufers zur Verkaufsselbsthülfe geschritten ist, bei der Weigerung des Käufers, den Verkauf als ihn angehend gelten zu lassen, zu prüfen, ob der Verkäufer den gesetzlichen Vorschriften über die Vornahme des Verkaufs entsprochen habe und ob eine vorgekommene Unregelmäßigkeit die Wirkung ausübe, den Verkauf als einen für *seine* Rechnung geschlossenen und mithin den Käufer nicht betheiligenden behandeln zu müssen.

Das speciell zur Entscheidung stehende Streitverhältniß anlangend, so ist nicht daran zu zweifeln, daß der Kläger, da er nicht etwa den Weg des *öffentlichen* Verkaufs der fraglichen Bankactien gewählt hat, diese „durch einen Handelsmäkler oder, in Ermangelung eines solchen, durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten" (zum laufenden Preise) hätte verkaufen lassen müssen.

Der Verzug des Käufers wird im Handelsgesetzbuche zunächst (im Art. 343) nur in der Richtung berührt, in welcher es darauf ankommt, dem Verkäufer ein Schutzmittel für Fälle bloßer mora accipiendi des Käufers zu gewähren. Für Fälle dieser Art wird dem Verkäufer das Recht eingeräumt, die ihm vom Käufer ungerechtfertigter Weise nicht abgenommene, gleichviel ob bezahlte oder unbezahlte Waare für Rechnung des Letzteren öffentlich, oder, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, auf die mehrgedachte Weise (durch einen Mäkler ꝛc.) nichtöffentlich verkaufen zu lassen. — Der schon oben angezogene Artikel 354 behandelt sodann den Verzug des Käufers, insofern dieser bei noch nicht erfolgter Uebergabe des Kaufgegenstandes den Kaufpreis zur gehörigen Zeit nicht berichtigt (mora solvendi). Wenn in diesem Falle der Verkäufer zur Verkaufsselbsthülfe schreiten will, so muß er hierbei, wie ausdrücklich im Art. 354 vorgeschrieben worden ist, „unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343" verfahren, und daß hierbei der *Selbst*verkauf (nämlich ein Verkauf ohne Zuziehung einer der genannten Hülfspersonen) als unzulässig zu gelten hat, ist, nach dem klaren Inhalte des Art. 343 gewiß, übrigens in den Verhandlungen der Handelsrechts-Conferenz ausdrücklich ausgesprochen (Prot., S. 1460. 1461). Nun handelt

Digitized by Google

freilich der Art. 354 von Kaufgeschäften im Allgemeinen und in dem späteren Art. 357 werden noch specielle Bestimmungen getroffen in Beziehung auf solche Kaufgeschäfte, für deren Erfüllung ein fester Lieferungstermin vereinbart worden ist, allein in diesem zuletzt erwähnten Artikel ist nichts festgesetzt, was bei Geschäften der vorgedachten Art von der in Rede stehenden Vorschrift der Art. 354 und resp. 343 dispensirte. — Der erste Absatz des Artikels 357 schließt sich an die oben angezogenen Art. 354 und 355 an und erklärt deren Bestimmungen für anwendbar auf die hier in Betracht gezogenen Kaufgeschäfte. Demzufolge sind auch bei diesen die drei resp. dem Verkäufer und Käufer eröffneten Wege als statthaft, zugleich aber auch als ausschließlich statthaft anzusehen. Der 2. Absatz berührt dann speciell einen einzelnen von den dem Verkäufer im Falle des Verzuges des Käufers eröffneten Wegen, die Verkaufsselbsthülfe, und legt dabei dem Verkäufer die Verbindlichkeit auf,

> „den Verkauf unverzüglich nach Ablauf der für die Lieferung bestimmten Zeit oder Frist vorzunehmen."

Es ist unthunlich, diesen Absatz als außer Verbindung mit dem Artikel 354 stehend anzusehen, da unmittelbar vorher (in demselben Art. 357) auf diesen verwiesen worden ist, und da sämmtliche drei Absätze ersichtlich nur die Bestimmung haben, die Vorschriften der Art. 354 bis 356 für den Fall resp. für anwendbar zu erklären und näher zu bestimmen, daß das zu Grunde liegende Kaufgeschäft ein mit festem Lieferungstermine geschlossenes sein sollte.

Hätten Kaufgeschäfte mit festem Lieferungstermin in Betreff des in Rede stehenden Punktes abweichend von den Kaufgeschäften sonstiger Art behandelt werden sollen, so würde dieß ohne Zweifel in einer eigens darauf gerichteten Bestimmung ausgesprochen worden sein; Wortlaut und Stellung des 2. Absatzes des Art. 357 lassen dagegen die Deutung nicht zu, daß hier ein Ausspruch jener Art beabsichtigt worden sei.

Bedeutungslos ist es in der Richtung der von dem Kläger vertretenen Ansicht, daß an der besprochenen Stelle des Art. 357 die Worte gebraucht sind: „Will der Verkäufer verkaufen," und „so muß er den Verkauf unverzüglich vornehmen," insofern nicht statt dieser Worte gesagt worden sei „verkaufen lassen" und vornehmen lassen;" denn auch bei dem öffentlich oder durch einen Handelsmäk-

Digitized by Google

ler ꝛc. vorgenommenen Verkauf ist derjenige, für welchen verkauft wird, der „Verkäufer." Jedenfalls erledigt der gegen das Ende des Art. 354 vorkommende Gebrauch des Wortes „verkaufen," an einer Stelle, wo unzweifelhaft der Sinn ist „verkaufen lassen," jedes Bedenken.

Eher könnte man ein solches daraus abzuleiten versuchen, daß bei den Berathungen, aus welchen der Art. 357 in seiner jetzigen Fassung hervorgegangen ist (Prot., S. 5080—5087), die größtmöglichste Beschleunigung des Verkaufs unter den hier in Betracht kommenden Umständen als nothwendig angesehen worden ist. Dieß ergibt sich nämlich daraus, daß in jenem Artikel das Wort „unverzüglich" aufgenommen und durch einen eigens gefaßten Beschluß die anfänglich vorgeschlagene Fassung, „der Verkauf müsse unverzüglich lich nach dem Ablaufe des Tages ꝛc. vorgenommen werden," dahin abgeändert worden ist, daß der Satz zu lauten habe „nach der Zeit" ꝛc., wofür als Grund angegeben wurde:

> „die Lieferungszeit werde oftmals nicht blos nach Tagen, sondern nach Tageszeiten, Stunden u. dgl. normirt,"

und die Befugniß, bis zum nächsten „Tage" zu warten, würde oft viel zu weit führen, z. B:

> „wenn für das Kaufobject an der betreffenden Börse täglich mehrmals zu bestimmten Stunden Coursnotirungen vorgenommen würden, und zur Zeit der ersten Coursbildung hätte geliefert und empfangen werden müssen."

Ohne Zweifel ist die Zuziehung einer der im Art. 343 genannten Hülfspersonen, eventuell die Vornahme einer öffentlichen Versteigerung, nicht wohl vereinbar mit einer Beschleunigung des Verkaufs, wie sie hier als erforderlich hingestellt worden ist; gleichwohl kann bei der Fassung, in welcher die Art. 354 u. 357 nun einmal vorliegen, und bei der Abwesenheit jeder Aeußerung in den Protocollen darüber, daß es beabsichtigt werde, die bezügliche Bestimmung des Art. 354 (mittelbar des Artikels 343) hier für unanwendbar zu erklären, dem erhobenen Bedenken keine Folge gegeben werden. Auch wird von den Auslegern des Handelsgesetzbuchs und in der Praxis der Art. 357 nur im obigen Sinne aufgefaßt.

Vgl. Thöl l. c., S. 524. 525, beſ. Note 9.
Endemann l. c., S. 563. 564 u. 581.

Digitized by Google

Striethorst, Bd. 54, S. 280. 281.
Sammlung handelsger. Entscheidungen aus Bayern, Bd. 1, S. 331.

Der Kläger hat sich in 2. und 3. Instanz eventuell darauf berufen, daß eine Anwendung der Bestimmung der Art. 355 u. 357 auf den in Hamburg stattfindenden Verkehr mit Börsenpapieren deshalb unthunlich sei, weil seit der Einführung des Handelsgesetzbuchs die bei weitem größere Anzahl der früher vorhanden gewesenen beeidigten Handelsmäkler ihr Amt niedergelegt hätten, insbesondere es Fondsmäkler gegenwärtig in Hamburg nicht gebe, und Mäkler in anderen Artikeln oder zu Auctionsabhaltungen befugte, aber mit den Börsenpapieren unbekannte Personen ungeeignet seien, um durch sie solche Papiere verkaufen zu lassen. Ein Nothstand und das eigene Interesse der säumigen Käufer führten demnach darauf hin, hier den Selbstverkauf für zulässig und wirksam erklären zu müssen. Der Kläger hat hierzu in gegenwärtiger Instanz ein handelsgerichtliches Erkenntniß (Israel c. Böhmer vom 21. Juli 1866) beigebracht,

O.-A.-Ger. Acten 12.

in welchem die von ihm angegebenen Umstände als bestehend anerkannt und in der fraglichen Richtung als wirksam behandelt worden sind. Das O.-A.-Gericht konnte diesem Vorbringen keine Folge geben. Abgesehen davon, ob es nicht dem Kläger obgelegen hätte, die besonderen Umstände, wegen welcher er die Vorschrift des Handelsgesetzbuchs als in concreto unwirksam darstellen zu können glaubt, schon in erster Instanz anzugeben und zu substanziiren, steht seinem Vorbringen die Erwägung entgegen, daß eine gesetzliche Vorschrift nicht schon dadurch außer Kraft gesetzt werden kann, wenn ihre Befolgung durch local oder zeitweilig bestehende Umstände erschwert wird oder in Folge hiervon Uebelstände im Verkehr sich ergeben. Wo dieß geschieht, ist, wenn nicht etwa die Gesetzgebung Nachhülfe leistet, von den Betheiligten durch eine angemessene Einrichtung ihrer Contracte den zu besorgenden Uebelständen vorzubeugen. Uebrigens behauptet der Kläger hier nur eine mit Nachtheilen verbundene Verzögerung des Verkaufs, nicht eine Unmöglichkeit, den Artikeln 357 u. 354 nachzukommen. Es bedarf deshalb hier keiner Entscheidung darüber, ob etwa dann, wenn die vorgedachte Unmöglichkeit vorgelegen hätte, zu Gunsten des Klägers zu erkennen gewesen sein würde.

Digitized by Google

Zufolge des Obigen mußte in der Hauptsache und in Betreff der Kosten so, wie es aus dem Erkenntnisse ersichtlich ist, erkannt werden.

In Sachen C. D. Ramm, Klägers, c. Diercks & C., Beklagten.

Zu Art. 343. 354. 357.

Da die in Betracht kommenden Vorschriften des allg. d. Handelsgesetzbuches — die Art. 343. 354 u. 357 — nur dahin aufgefaßt werden können, daß dem säumigen Käufer gegenüber der Verkäufer keineswegs ohne Weiteres solle beanspruchen können, daß ihm die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Marktpreis am Lieferungstage ersetzt werde, dem Verkäufer vielmehr eine Differenzklage nur dann zustehen solle, wenn er die Waare weiter verkauft hat, es auch zweifellos erscheinen muß, daß diese Vorschriften auf Kaufgeschäfte über Staatspapiere, Actien und ähnliche Werthpapiere in gleicher Weise wie auf Kaufgeschäfte über andere Gegenstände anzuwenden sind;

vergl. Busch, Archiv, Bd. V, S. 296 flg.; Bd. VII, S. 340 flg.

da jedoch, wenn die klägerische Partei — wie sie behauptet — die dem Bekl. verkauften Werthpapiere weiter verkauft haben sollte, und dieser Weiterverkauf an dem Tage, an welchem er zu geschehen hatte, und zu dem Börsenpreis dieses Tages erfolgt sein sollte, der Umstand, daß der Verkauf nicht durch einen Mäkler oder durch einen zu Versteigerungen befugten „Beamten" bewirkt worden, der erhobenen Klage jedenfalls aus dem Grunde nicht entgegenstehen würde, weil, so viel dem Gerichte bekannt, Mäkler, welche regelmäßig Fondsgeschäfte vermitteln, nachdem mit der Einführung des H.-G.-B. die größere Anzahl von Mäklern ihr Amt niedergelegt hat, hier nicht mehr existiren, auch unter den unbeeidigten Unterhändlern, welche von der Behörde zum Abhalten von Auctionen befugt sind, sich keiner befindet, der Fondsgeschäfte zu vermitteln pflegt, die klägerische Partei aber gewiß nicht richtig gehandelt hätte, wenn sie aus der Zahl der Mäkler oder aus der Zahl derjenigen unbeeidigten Unterhändler, denen die oberwähnte Befugniß ertheilt worden, zu dem hier fraglichen Weiterverkauf Jemanden gewählt hätte, der weder in Fonds-

Digitized by Google

geschäften bewandert, noch mit dem Publicum, welches regelmäßig Fondsgeschäfte macht, bekannt ist;

da hiernach es genügend erscheint, wenn Kläger außer dem Beweis, daß die fraglichen Werthpapiere am ult. Mai weiterverkauft worden, auch noch den Beweis, daß dieser Verkauf zu dem damaligen Börsenpreis geschah, erbringen, wogegen dem Bekl. der Beweis der von ihm behaupteten Prolongation des Geschäfts nachzulassen ist,

da aber der von dem Kläger ferner noch im Betrage von Bancomark 90 erhobene Anspruch auch nicht einmal in den Repliken gehörig substantiirt worden ist:

daß Kläger mit ihrem zuletzt erwähnten Anspruch angebrachtermaßen abzuweisen, im Uebrigen aber Kläger zu beweisen haben:

daß der Börsenpreis österreichischer Loose, wie die nach Inhalt der Schlußnote Anl. 1 dem Beklagten verkauften, am 31. Mai l. J. 55 Proc. gewesen sei, und daß sie, oder der verstorbene Joseph Israel, zu diesem Preise die dem Bekl. am 31. Mai offerirten Fl. 2500 verkauft haben,

Kläger diesen Beweis nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten haben,

dem Bekl. aber außer dem Gegenbeweis der gleichzeitig mit diesem Gegenbeweis bei Strafe des Beweisverlustes anzutretende Beweis vorzubehalten:

daß das ausweise der Schlußnote Anl. 1 zwischen ihm und dem verstorbenen Joseph Israel geschlossene Geschäft hinsichtlich des Betrages von Fl. 2500 bis zum ult. Juni l. J. prolongirt worden sei,

und der Klägerin gegen diesen Beweis der Gegenbeweis vorzubehalten.

(Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 21. Juli 1866 in S. J. Israel modo ꝛc. c. C. R. Böhmer.)

Gegen dieses Erkenntniß ist nicht appellirt.

Zu Art. 354 und 357.

Da nach Inhalt des Art. 357 des allgem. d. Handelsgesetzbuches sowohl, wie nach der zum Art. 335 der zweiten Lesung gemachten Hamburgischen Monitur, No. 366, S. 54 und dem Commissionsberichte (ed. Hirsch, S. 56.) darüber ein Zweifel nicht sein kann, daß

Digitized by Google

der Verkäufer von Fonds, welche zu einer festbestimmten Zeit geliefert werden sollen, wenn er Schadensersatz vom Käufer verlangen will, ohne die Abnahme und Bezahlung der fraglichen Papiere zu begehren, dieselben für Rechnung des säumigen Käufers unverzüglich nach Ablauf der contractlichen Zeit verkaufen und von dem bewirkten Verkauf dem Käufer ungesäumt Anzeige machen muß,

indem andere Alternativen als die, welche der Art. 354 normirt, dem Verkäufer nicht zustehen,

und es wenigstens sehr fraglich ist, ob er schlußnotenmäßig sich für den Fall des Verzuges die reine Coursdifferenz stipuliren könnte,

vergl. z. B. Koch, Commentar, S. 355, Note 44;

jedenfalls aber eine dahin gehende Usanz sowohl nach Art. 1 des Handelsgesetzbuches wie nach § 2 des Hamb. Einführungsgesetzes nicht attendirt werden darf, und der Art. 279 offensichtlich diejenigen Verhältnisse nicht berührt, welche im Handelsgesetzbuche selbst normirt sind,

da auch nach Inhalt der Schlußnote Anl. 3 Kläger sich nicht als Commissionär bezeichnen kann, der den Art 376 sub 1 für sich geltend machen könnte,

und die Unterstellung, Kl. habe an sich selbst ultm. Mai 1866 zum Tagescours weiterverkauft, gegen das allgemeine Recht wie gegen das klare Gesetz verstoßen würde,

daß Kl. unter Verurtheilung desselben in die Kosten, einschließlich derer der Provocation, mit der erhobenen Klage abzuweisen und demgemäß die angemeldete Forderung von der beklagtischen Masse auszuschließen.

(Erkenntniß des Handelsgerichts vom 29. Mai 1867 in S. H. Friedenhain, Provocaten Kläger, contra Drem Oppenheimer u. Drem Nathan modo, Letzteren allein als Mit-Adminiſtr. des Beneficial-Nachlasses deft. Völklein, Provocanten Bekl.)

Auf klägerische Appellation erkennt das Obergericht am 28. Juni 1867:

Da das Oberappellationsgericht in dem am 13. d. Mts. abgegebenen Erkenntnisse in S. Ramm c. Diercks & Co. in überzeugender Weise dargethan hat, daß, nach dem unzweideutigen Willen der gel-

Digitized by Google

tenden Handelsgesetzgebung, der Verkäufer, welcher, weil ihm zur festen Ablieferungszeit nicht abgenommen worden, nach Maßgabe Art. 357, Alinea 2 des Handelsgesetzbuches für Rechnung des säumigen Käufers realisiren will, an die Vorschrift des Art. 343, Alinea 2 insoweit gebunden ist, daß ein von ihm veranstalteter Verkauf nur dann den säumigen Käufer bindet, wenn der Verkauf entweder öffentlich oder durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zur Versteigerung befugten Beamten vollzogen worden,

da demnach um so weniger die vom Kläger beschaffte Uebernahme zum Tagescourse, die er als einen Verkauf an sich selbst bezeichnet, den säumigen Käufer binden kann;

da auch die klägerische Bezugnahme darauf, daß er, Kläger, als Commissionär das Geschäft abgeschlossen, und folgeweise nach Artikel 376 des Handelsgesetzbuches befugt sei, das Gut, anstatt es zu verkaufen, für sich selbst zu übernehmen, den vorliegenden Fall gar nicht trifft, indem der Kläger, wenn er auch als Verkaufscommissionär eines Dritten mit Völklein abgeschlossen haben sollte, doch keineswegs als Commissionär des Völklein in das Geschäft eingetreten wäre;

da auch der Umstand, daß der Käufer am Lieferungstage bereits verstorben und sein Nachlaß insolvent war, allen Einflusses auf die gesetzlich vorgeschriebene Modalität der Realisirung entbehrt;

da endlich dem Handelsgerichte in Betreff der Unhaltbarkeit der vom Kläger behaupteten Börsenusanz beizutreten ist,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 29. Mai d. J. unter Verwerfung der wider dasselbe erhobenen Beschwerdeführung, jedoch unter Compensation der Kosten der Appellationsinstanz zu bestätigen.

Zu Art. 355 und 356.

Da zunächst so viel feststeht, daß es sich hier nicht um ein Geschäft handelt, bei welchem nach Art. 357 „die Waaren genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden sollen," was schon daraus hervorgeht, daß beide Parteien darüber einig sind, daß eine Lieferung lange nach dem mit dem Anfange September abgelaufenen Termine der Schlußnote Anl. 1 noch als eine dem Contract entsprechende angesehen sein würde;

Digitized by Google

da nun bei anerkannter Gültigkeit des klagend behaupteten Geschäfts es lediglich darauf ankommt, ob der beklagtischerseits behauptete Befreiungsgrund gerechtfertigt erscheint,

da, anlangend die behaupteten klägerischen Aufforderungen zur Empfangnahme vor den Verhandlungen vom 25. Oct., denselben jedenfalls klägerischerseits keinerlei Folge gegeben ist,

da, anlangend die Anmahnungen zur Erfüllung, welche Beklagte an Kläger gerichtet haben wollen, es freilich auffällig erscheinen muß, daß gar nicht behauptet wird, daß jemals der Kläger persönlich interpellirt worden,

da es auch hinsichtlich der angeblichen Aufforderungen an die klägerischen Quartiersleute hier dahingestellt bleiben kann, ob solche zur Begründung klägerischen Verzuges genügen könnte, weil die ferner behauptete und nicht bestrittene Aufforderung am Comtoir des Kl., auch wenn sie dort an einen nicht instruirten Angestellten im Comtoir gerichtet sein sollte, doch immerhin als eine genügende Interpellation, auf welche aber freilich die Antwort andern Tags noch rechtzeitig erfolgen würde, erscheinen müßte,

da, anlangend die von den Käufern an den angeblich säumigen Verkäufer erlassene Anzeige, es nicht darauf ankommen kann, daß in der Regel diese Anzeigen zugleich eine Frist benennen werden, welche der Interpellant als eine nach Art. 356 „den Umständen angemessene" anzuerkennen, und innerhalb welcher er also nach diesem Art. 356 die „Nachholung des Versäumten" zu acceptiren bereit ist — wie auch das H.-G.-B. den regelmäßigen Verlauf der Sache gedacht zu haben scheint,

da es darauf ankommt, ob, wie Kläger behauptet, die Anzeige, welche Bekl. in Anl. A dem Kl. gemacht haben, weil sie über solche Frist zur Nachholung nichts sagt, an sich als eine gehörige Anzeige nach Art. 356 nicht gelten und die Wirkungen einer solchen nicht haben kann,

da nun aber dieser Ansicht nicht beigestimmt werden kann, weil es, um eine solche Anführung in der fraglichen Mittheilung als ein Erforderniß, von welchem die Rechtsgültigkeit derselben abhängig wäre, anzuerkennen, einer ausdrücklichen dahin gehenden Vorschrift des Gesetzes bedurft hätte, wie sie in Art. 356 nicht gefunden werden kann,

Digitized by Google

indem auch der Natur der Sache entsprechend erachtet werden muß, daß es auf diese „Nachholung des Versäumten" allererst dann ankommt, wenn der bisher Säumige dieselbe anbietet, wie es sich ja bei dieser Bestimmung stets nur um Zulassung einer s. g. purgatio morae gehandelt hat, welche dann doch immer von dem Interpellirten, dem Säumigen, auszugehen hat,

da aber, anlangend die Wirkung dieser Anzeige, dieselbe dann die Käufer, Beklagten, zu ihren jetzigen Anträgen keineswegs befugen konnte, wenn der Verkäufer, Kläger, wie er behauptet, andern Tags den Caffee offerirt haben sollte, indem solche Lieferung als eine annoch rechtzeitige erachtet werden müßte:

daß Kläger schuldig zu beweisen:

daß er spätestens am Tage, nachdem er das Schreiben, Anl. A. empfangen, dem Beklagten die 15 Säcke Maracaibo-Caffe angeboten habe,

und solchen Beweis, Beklagten-Gegenbeweis vorbehältlich, innerhalb 14 Tage bei Strafe des Beweisverlustes anzutreten schuldig sei.

Erkenntniß des Handelsgerichts vom 20. Februar 1867 in S. J. L. von der Kammer c. Max Hirsch & Co.

Zu Art 356.

Vergl. Bd. IX, S. 214, Art. 356.

Der Art. 356 des d. H.-G.-B.s verpflichtet den nichtsäumigen Contrahenten, welcher wegen des Verzuges des andern Contrahenten die Erfüllung zurückweisen will, zwar zu der Anzeige, daß er die Erfüllung ablehne, und zur Gewährung einer Nachholungsfrist; jedoch muß in letzterer Beziehung der säumige Schuldner mit einer Erklärung, daß er seinerseits nachträglich erfüllen wolle, rechtzeitig hervorgehen.

Rechtsfall. Kläger hatte von den Beklagten 50 Fässer St. Petersburger Hanföl gekauft, welche die letztern resp. ult. August und Sept. 1865 zu liefern hatten. Später sollen nach der Behauptung der Kläger die Lieferungstermine dahin festgestellt sein, daß Beklagte zugesagt hatten, in der ersten Hälfte des Octbr. per „Hansa" und demnächst per

Digitized by Google

„Neva" zu liefern. Kläger bemerken in ihrer Klage, daß, als auch diese Zusage nicht erfüllt worden, sie die Beklagten außergerichtlich auf den gesetzlichen Schadenersatz in Anspruch genommen hätten, und fordern die Differenz zwischen dem Marktpreis und dem Kaufpreise. Das Handelsgericht hat den Klägern auferlegt, die von den Beklagten in Abrede genommenen späteren Vereinbarungen über die Lieferungszeit, und außerdem die Höhe des Marktpreises zu beweisen. Diese Entscheidung ist vom Obergerichte und vom Ober-Appellationsgerichte zu Lübeck unter Verwerfung der resp. Appellationen der Beklagten bestätigt worden.

Das Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. December 1866 hat folgende Entscheidungsgründe:

I. Dem Obergerichte war darin nicht beizutreten, daß, weil beklagtischerseits die Anführungen der Kläger auf Seite 2 und 3 der Replik (6) Act. des Handelsgerichts) duplicando nicht bestritten worden, dieselben auf Grund des § 7 der Civilproceßordnung als eingeräumt zu betrachten seien.

Diesem gemäß ist unter den Parteien

1. unbestritten:
   a. daß ursprünglich ein Kaufgeschäft unter ihnen abgeschlossen worden, wie es der Schlußzettel in Anl. 1, ad (1) der H.-G.-Act. nachweiset,
   b. daß die Lieferungstermine des Schlußzettels (ult. August und September 1865) nach Uebereinkunft beider Theile nicht eingehalten werden sollten,
   c. daß Beklagte am 25. October 1865 nicht geliefert und
   d. daß Kläger durch ihren Sachwalt am 27. October 1865 die Beklagten „außergerichtlich auf den gesetzlichen Schadenserſatz" in Anspruch genommen haben.

Die letztere schon in der Klage aufgestellte Behauptung ist in der Vernehmlassung unbeantwortet geblieben, hat also als eingeräumt zu gelten. Die Punkte sub a. b. und c. sind ausdrücklich zugestanden, freilich der Punkt sub b. nur mit einer gleich zu erwähnenden Beschränkung.

2. Bestritten ist dagegen außer der Höhe des Marktpreises des St. Petersburger Hanföls vom 25. bis 27. October 1865 die Behauptung der Klage, daß nach späterer mündlicher Vereinbarung unter

Digitized by Google

den Parteien die 50 Fässer Hanföl in der ersten Hälfte des October per „Hansa" geliefert werden sollten, und daß, als damals nicht geliefert wurde, Beklagte zugesagt hätten, per „Neva" zu liefern, was klägerischerseits acceptirt worden sei.

Kläger behaupten hiermit, daß zwar im Uebrigen die Stipulationen des Schlußzettels gültig geblieben, die Lieferungstermine desselben aber durch Vertrag der Parteien anders festgestellt worden, und hat das Handelsgericht den Klägern den Beweis der bestrittenen Thatsachen auferlegt. Dagegen haben Beklagte neben ihrem Zugeständnisse, daß es bei den ursprünglichen Lieferungsterminen nicht verblieben sei, eine vertragsmäßige Veränderung der Lieferungstermine in Abrede genommen und behauptet, sie seien ult. August und September zur Lieferung bereit gewesen, und es seien durch den von ihnen den Klägern auf deren Wunsch zugestandenen Aufschub der Leistung diese begünstigt, nicht aber die Beklagten verpflichtet worden, vielmehr sei durch die Bewilligung einer späteren Lieferung ihrerseits nur in Aussicht gestellt worden, die ursprünglichen Termine aufzugeben, wenn ihnen eine spätere Lieferung ohne Nachtheil möglich sei, dieses aber sei bei den enorm hinaufgegangenen Preisen des Hanföls unausführbar gewesen. Es muß den Beklagten überlassen bleiben, diesen Inhalt der Beredungen gegenüber dem klägerischen, auf eine vertragsmäßige Festsetzung neuer Lieferungstermine zu richtenden Beweise im directen Gegenbeweise darzuthun, ohne daß es dieserhalb einer speciellen Beweisnormirung bedarf, welche Beklagte in der gegenwärtig wiederholten 3. Beschwerde voriger Instanz eventuell beantragen.

II. Hiernach steht, wenn Kläger den ihnen auferlegten Beweis führen, ein Kaufgeschäft zur Beurtheilung, bei dem schließlich die Lieferungszeit auf die erste Hälfte des October 1865 per „Hansa" und demnächst per „Neva" festgestellt worden. Dieses Geschäft fällt, da es an einer absoluten Zeitbestimmung für die Lieferung fehlt, offensichtlich nicht unter den Absatz 1 im Art. 357 des d. H.-G.-B. Wäre dieß der Fall, so wäre — abgesehen von der noch erforderlichen Beweisführung — bei der auf Schadensersatz gerichteten Klage die Sache sofort zu Gunsten der Kläger entschieden. Es kommt aber der Art. 356 des H.-G.-B. in Verbindung mit dem Art. 355 zur Anwendung.

Digitized by Google

Beklagte begehren nun principaliter (Grav. I der vorigen Instanz), daß auf Grund des Art. 356 die Klage angebrachtermaßen unter Kostenverurtheilung abgewiesen werde.

Kläger hatten, als Beklagte mit der Uebergabe der Waare im Verzuge waren, die Wahl, ob sie Erfüllung nebst Schadensersatz wegen der verspäteten Erfüllung verlangen, oder ob sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder ob sie von dem Vertrage ganz abgehen wollten. Sie haben Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert. In diesem Falle mußten sie nach Art. 356 die getroffene Wahl den Beklagten anzeigen und ihnen dabei, wenn die Natur des Geschäfts dieß zuließ, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

Da Kläger, wiewohl ihrer Behauptung nach die Lieferung per „Hansa" oder „Neva" bedungen war, sich nicht darauf berufen haben, daß, als auch per „Neva" nicht geliefert wurde, eine Nachholung der Lieferung unthunlich gewesen, so kommen für die angestellte Klage die beiden in Art. 356 erwähnten Momente in Betracht, die Anzeige, daß Schadensersatz gefordert werde, und die Nachholungsfrist.

Kläger haben, wie bereits hervorgehoben worden, die als Bedingung für eine Schadensersatzforderung aus dem Kaufe im Art. 356 normirte Anzeige vor der Klaganstellung durch ihren Sachwalt den Beklagten zugehen lassen, und haben letztere, daß dieses geschehen, stillschweigend eingeräumt. An diesem Requisite fehlt es daher nicht. Anders steht die Sache in Betreff der Nachfolgungsfrist. Einer solchen haben Kläger, als die Lieferung per „Neva" ausblieb, vor der Klaganstellung nicht erwähnt.

Siehe Klage in (1) d. H.-G.-Act. und Anl. 2 ad (1) ibid

Sie bestreiten dieß auch nicht, meinen aber, die von ihnen den Beklagten gemachte Concession, statt mit der „Hansa" mit der „Neva" zu liefern, enthalte schon eine Fristerstreckung. Es wäre dieß an sich möglich; aber sie können sich hierauf nicht berufen, weil sie nicht behauptet haben, daß, als per „Hansa" nicht geliefert wurde, sie den Beklagten anzeigten, sie wollten nunmehr Schadensersatz fordern. Diese Anzeige aber mußten sie machen, wenn die concedirte Frist, per „Neva" zu liefern, als die Nachholung einer versäumten Leistung angesehen werden sollte. Da diese Anzeige unterblieb, so kann die neu concedirte Frist nur als eine Vereinbarung über eine spätere Lieferungs-

Digitized by Google

zeit angesehen werden, und die Beklagten, wenn sie per „Neva" geliefert hätten, würden damit den Vertrag rechtzeitig erfüllt, nicht eine versäumte Leistung nachgeholt haben.

Die Entscheidung hängt hiernach davon ab, ob die Fristgewährung, deren der Art. 356 erwähnt, ebenso Bedingung der Schadensersatzforderung ist, wie die Anzeige des Contrahenten, daß er Schadensersatz statt der Erfüllung fordern wolle. Mit anderen Worten: verpflichtet der Art. 356 den nichtsäumigen Contrahenten, welcher wegen des Verzuges des anderen Contrahenten die Erfüllung zurückweiset, nicht blos zu der Anzeige, daß er die Erfüllung ablehne, sondern macht das Gesetz ihm außerdem zur Pflicht, dem Säumigen eine Frist zur Nachholung des Versäumten vorzuschreiben, oder will die zu gewährende Frist nur besagen: daß er sich unter Umständen die Nachholung des Versäumten gefallen lassen müsse, wenn sich der Säumige seinerseits bereit erkläre, die Leistung nachträglich innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen?

Die Worte des Gesetzes sind geeignet, Zweifeln über ihren Sinn Raum zu geben, und gewähren auch die Commissionsprotocolle zum d. H.-G.-B. (vergl. namentlich Seite 1403 und 1404) einen sicheren Anhalt für die Auslegung nicht. Indessen sprechen folgende Erwägungen dafür, daß es nicht die Meinung gewesen ist, dem nichtsäumigen Contrahenten, welcher Schadensersatz fordern oder vom Vertrage abgehen will, ein Mehreres aufzulegen, als die Anzeige an den säumigen Contrahenten.

1. Das deutsche Handelsgesetzbuch will regelmäßig keine neue Satzungen einführen, sondern geht von den bestehenden Rechtsanschauungen im Verkehrsleben aus. Nun aber war schon vor dem Handelsgesetzbuche die Ansicht mehr und mehr durchgedrungen, daß der Verzug des Schuldners den Gläubiger berechtige, statt der Erfüllung das Erfüllungsinteresse zu fordern, und das Handelsgesetzbuch erhob in dem Art. 356 diese Anschauung zum Rechtssatze. Es machte dabei dem Nichtsäumigen zur Pflicht, dem Säumigen anzuzeigen, daß er nicht mehr die Erfüllung wolle. Dieß hatte die Billigkeit für sich, damit der letztere nicht unnöthig mit der Herbeischaffung des zur Leistung Erforderlichen belastet bleibe. Sollte aber der Nichtsäumige außerdem noch verpflichtet sein, dem Säumigen eine Frist zur Erfüllung zu setzen, wiewohl der erstere schon erklärt hatte, er habe

Digitized by Google

an der Erfüllung kein Interesse mehr, so würden ihm damit nicht blos einander widersprechende Erklärungen angesonnen, sondern es würde dadurch auch der Säumige auf Kosten des Nichtsäumigen in nicht erklärlicher Weise begünstigt.

2. So ist es schon an sich unwahrscheinlich, daß das Gesetz etwas Anderes habe statuiren wollen, als die Gestattung der purgatio morae für den Säumigen in Fällen, wo dieselbe ohne Nachtheil des Gläubigers eintreten kann. Denn es besteht sehr wohl mit der nach beiden Seiten hin zu beobachtenden Billigkeit, in solchen Fällen eine kurze Frist zur Nachholung des Versäumten zu gestatten. Und deuten auch die Commissionsprotocolle mit Bestimmtheit an, daß dieses der Zweck der fraglichen Bestimmung gewesen. Ist aber dieses der Fall, so soll mit den bezüglichen Worten schwerlich mehr gesagt sein, als daß, wenn der Gläubiger erklärt habe, daß er die Erfüllung nicht mehr seinem Interesse entsprechend halte, der Schuldner seinerseits sich zur nachträglichen Erfüllung innerhalb einer angemessenen Frist erbieten müsse. Denn wählt der Schuldner, welcher überdieß allein im Stande ist, genügend zu ermessen, welche Frist ihm zur Nachholung des Versäumten nothwendig ist, seinerseits die nachträgliche Erfüllung, so muß er dieses dem Gläubiger, der die Erfüllung nicht mehr will, erklären, und soll damit zugelassen werden, wenn die Nachholung der Billigkeit entspricht, d. h. ohne Benachtheiligung des Gläubigers geschehen kann.

3. Diese Auslegung ist aber auch mit den Worten des Gesetzes eben so gut vereinbar, als die scheinbar zunächst liegende, welche dem Gläubiger noch die Fristbestimmung auflegt. Es spricht namentlich dafür das Wort „gewähren," welches soviel bedeutet als „bewilligen," folglich voraussetzt, daß der Schuldner seinerseits eine Frist erbeten hat, und weiset das Wort „dabei" darauf hin, es solle dem Schuldner eine Frist gewährt werden, wenn er bei Gelegenheit der Anzeige („dabei") darum nachsuche.

4. Der Art. 356, auf einen Fall, wie der vorliegende, angewendet, ist mithin so zu verstehen. Der durch Nichterfüllung verletzte Käufer kann zwar, wenn er Erfüllung nicht weiter will, nicht sofort auf Schadensersatz oder Rescission klagen, aber er kann dazu gelangen, wenn er dem Verkäufer Anzeige von dieser seiner Intention macht und dabei d. h. bei dieser Anzeige dem letzteren, der seinerseits

Digitized by Google

die Erfüllung vorzieht und dieß dem ersteren kundgibt, eine Frist einräumt. Der Verkäufer, welcher durch die Anzeige des Käufers weiß, daß es jetzt, um Schadensersatz oder Rescission zu vermeiden, definitiv auf Erfüllung innerhalb einer genau zu bestimmenden Frist ankommt, muß diese Fristbestimmung dem Käufer kundthun. Hat er bei Empfang der Anzeige gar nichts über eine Frist für die Nachholung der Leistung geäußert, so ist der Käufer nunmehr zur Klage berechtigt.

Dieses letztere aber liegt hier vor. Beklagte selbst sagen, daß, als die Lieferung ult. August und September nicht geschehen war, sie sich zu keiner bestimmten Frist verpflichtet, sie räumen ein, daß sie am 25. Oct. 1865 erklärt haben, sie seien zu einer Lieferung per „Neva" nicht im Stande gewesen und haben auch nicht behauptet, daß, als ihnen die Anzeige der Kläger, daß sie Schadensersatz fordern wollten und die Schadensberechnung derselben zuging, irgend wie eine Nachholung der Lieferung in Aussicht gestellt haben.

Bei dieser Sachlage war die angestellte Klage für begründet zu erachten, und die Principalbeschwerde der Beklagten zu verwerfen.

Erk. des O.-A.-Gerichts zu Lübeck v. 29. Decbr. 1866 in Sachen Wm. Stiehl & Co. zu Lübeck, Kläger, wider Daniel Jacobi & Co. daselbst, Beklagte, wegen Schadenersatzes.

Samml. der Entscheid. des O.-A.-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck. Herausgeg. v. Dr. Kürulff, Präsident. Jahrg. 1866, 4. Heft, S. 914. D. H.

Zu Art. 357.

Da es schon zweifelhaft erscheinen muß, ob die Vorschrift des Art. 357 des H.-G.-B.s:

> Es muß jedoch derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dieß unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem anderen Contrahenten anzeigen; unterläßt er dieß, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen.

dahin aufzufassen ist,

> daß derjenige, welcher zur Lieferungszeit oder vor Ablauf der Lieferungsfrist die ihm obliegende Leistung dem anderen Contrahenten in gehöriger Weise, jedoch vergeblich, offerirt, wenn er das Recht, auf die Erfüllung des Geschäfts zu

Digitized by Google

bestehen, nicht einbüßen will, unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit oder der Lieferungsfrist noch einmal erklären muß, daß er auf die Erfüllung bestehen wolle,

und nicht vielmehr diese Vorschrift nur dahin zu verstehen ist,

daß, wenn derjenige Contrahent, welcher zuerst zu leisten hat, diese Leistung zur Lieferungszeit oder vor Ablauf der Lieferungsfrist nicht offerirt, der andere Contrahent, wenn derselbe auf die Erfüllung des Geschäfts bestehen will, dieses unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit oder Lieferungsfrist zu erklären hat,

jedenfalls aus der Aeußerung des Commissionsberichts über die Einführung des Handelsgesetzbuches:

daß dasjenige, was der Art. 357 über die Folgen des Verzuges bei sogenannten fixen Geschäften vorschreibt, demjenigen entspreche, was schon bisher bei uns als Rechtens anerkannt worden ist,

hervorgeht, daß wenigstens die Commission diese Bestimmung nicht in dem zuerst angegebenen Sinn verstanden hat;

da aber selbst, wenn diese Vorschrift in dem zuerst angegebenen Sinne zu verstehen sein sollte, der Berufung des Beklagten auf dieselbe es entscheidend entgegenstehen würde, daß Kläger während der Lieferungsfrist einen Auslieferungsschein über die zu liefernde Waare dem Beklagten zugestellt, Beklagte aber den Auslieferungsschein dem Kläger nicht zurückgegeben hat, indem, so lange Beklagte im Besitze eines Schriftstückes verblieb, unter dessen Vorzeigung derselbe sich ohne Zuthun des Klägers den Besitz der Waare verschaffen konnte, Kläger zu der Annahme berechtigt war, daß Beklagte fortdauernd die Absicht hege, die Waare anzunehmen und die Kaufsumme zu bezahlen, demnach dem Kläger in Folge des von dem Beklagten beobachteten Verfahrens die Erklärung, daß er auf die Erfüllung bestehe, als eine vollkommen überflüssige erscheinen durfte und der Einrede, welche Beklagte aus der Unterlassung dieser Erklärung hernehmen könnte, die replica doli entgegenstehen würde;

da nun auch Beklagte die von dem Kläger beigebrachte Rechnung unbeanstandet gelassen hat,

daß Beklagte schuldig sei, die eingeklagten 1255 B.-M. 14 S. nebst den Zinsen vom Klagetage und den Proceß-

Digitized by Google

kosten dem Kläger innerhalb 8 Tagen bei Strafe der Execution zu bezahlen, auch Kläger — welcher gegen die Zahlung dieser Beträge die fraglichen 25 Faß Petroleum zur Verfügung des Beklagten zu halten hat — in Entstehung solcher Zahlung zu befugen, die 25 Faß Petroleum nach vorheriger Anzeige an den Beklagten für dessen Gefahr und Rechnung zum ordnungsmäßigen öffentlichen Verkaufe zu bringen, um aus dem Erlös, so weit reichend und unter Vorbehalt aller Rechte hinsichtlich der etwa ungedeckt bleibenden Summen, sich für obige Beträge bezahlt zu machen.

Erkenntniß des Handels-Gerichts vom 27. Juni in S. C. Warnecke c. Victor J. Norden.

Vom Ober-Gericht am 20. Sept. 1867 bestätigt.

Zu Art. 382.

Am 1. Mai 1866 advisirten die klägerischen Mandanten den Beklagten 28 Ballen Kaffee zur Weiterbeförderung, welche sie

„im Auftrage und für Rechnung des J. C. L. in Berlin"

an die Beklagte versandt hatten.

Letztere, denen schon am 28. April durch ihren Berliner Agenten der Auftrag des L. geworden war, die betreffende Waare, sobald dieselbe hier eingetroffen wäre, nach Berlin zu befördern, empfingen sie hier für J. C. L. und lieferten sie am 9. Mai der Berlin-Hamburger Eisenbahn zum Transport an L. ein. Am 13. hörten sie die Unsicherheit L.'s; da sie durch langjährige Geschäftsverbindungen mit demselben noch eine beträchtliche Forderung an ihn hatten, die sogar den Werth der gesandten Waare überstieg, so suchten sie die letztere noch zu retiniren, und es gelang ihnen denn auch, die Waare in Berlin noch gerade in dem Moment auf der königl. Packhofsverwaltung zu stoppen, als dieselbe an L. ausgeliefert werden sollte. Die Packhofsverwaltung stoppte die Waare zunächst zwar wegen einer eigenen Forderung an L., lieferte sie aber später gegen einen von den Beklagten an einen dortigen Geschäftsfreund gesandten Extraditionsschein demselben für die Beklagten aus. Die Beklagten waren also damals noch in der Lage gewesen, über die Waare zu disponiren und haben in Folge dessen den wirklichen Besitz der Waare wieder erlangt.

Digitized by Google

Inzwischen hatten auch die Kläger die Unsicherheit des L. erfahren und die Waare hier bei den Beklagten zu stoppen versucht, worauf letztere geantwortet haben, daß die Waare bereits in Berlin sei; nachdem nun später Beklagte die Waare für sich erlangt hatten, wollten die Kläger die Auslieferung derselben von ihnen fordern und haben deshalb gerichtliche Hülfe nachgesucht.

Beklagtische Darstellung der Sache in der Appellationsschrift.

Das Handels-Gericht erkennt unter dem 22. Novbr. 1866:

daß Beklagte zu verpflichten, dem m. n. Kläger die 28 Ballen Kaffee gegen Bezahlung der für dieselben gemachten Auslagen und der üblichen Spesen innerhalb 8 Tagen und zwar sub poena executi auf 1531 Fl. 86 Kr. holländisch auszuliefern, auch dem Kläger die Kosten des Processes zu erstatten.

Gründe:

Da die Beklagten nicht in Abrede stellen, die von dem m. n. Kläger reclamirten 28 Ballen Kaffee in Händen zu haben;

da sie ein Retentionsrecht an denselben wegen einer ihnen an J. C. L. in Berlin zuständigen Forderung nur dann würden geltend machen können, wenn die Waare in das Eigenthum ihres genannten Schuldners übergegangen wäre;

da aber aus der vom m. n. Kläger vorgetragenen, von den Beklagten nicht bestrittenen Erzählung der Vorgänge in Berlin und namentlich daraus, daß die schon in Berlin angekommene, auf dem königl. Packhofe daselbst zur Disposition des L. lagernde Waare den Beklagten, als den nominellen Absendern, von den Vertretern der L.'schen Concursmasse wieder zur Verfügung gestellt worden ist, zur Genüge hervorgeht, daß die Concursmasse die unbezahlte Waare nicht empfangen, also das Eigenthum an derselben nicht erwerben wollte;

da das mit um so größerer Sicherheit angenommen werden darf, als

1. es nicht denkbar ist, daß die Concursverwalter die schon zu ihrer Disposition stehende Waare an die Beklagten wieder ausgeliefert haben sollten, zu dem Zwecke, um letzteren es zu ermöglichen,

Digitized by Google

der Masse gegenüber an der Waare ein Retentionsrecht auszuüben, und als

2. die Auffassung der Beklagten, als seien die 28 Ballen Kaffee von ihnen auf Grund ihrer Forderung an L. gestoppt, eine offenbar irrige ist, und zwar einmal, weil nach dem ganzen Hergange von einer eigentlichen stoppage in transitu nicht die Rede sein kann, indem die Waare schon auf dem königl. Packhofe zu Berlin für L. aufgenommen war und daselbst zu seiner freien Verfügung lagerte, und zweitens, weil das sogenannte Verfolgungsrecht nur dem Verkäufer oder dem Commissionär zusteht, welcher eine Waare unbezahlt absandte, nicht aber auch dem Spediteur, der an der Waare, wäre sie in seinen Händen verblieben, etwa ein Retentionsrecht hätte geltend machen dürfen;

da somit die Beklagten sich — abgesehen von den ihnen vom mand. nom. Kläger offerirten, auf der in lite befindlichen Waare selbst haftenden Forderung für Spesen, Auslagen und Provision — wegen ihrer etwaigen Forderung an J. C. L. nicht an der zwar für denselben bestimmt gewesenen, von seiner Concursmasse aber nicht angenommenen Waare halten können;

da es unter diesen Umständen keiner Entscheidung darüber bedarf, ob die Beklagten Recht haben, wenn sie auf Grund der Anl. A. als Mandatare des J. C. L. die fraglichen 28 Ballen Kaffee hierselbst empfangen zu haben behaupten und ebensowenig darüber, ob ihnen, wäre die noch in ihren Händen befindliche Waare von den klägerischen Mandanten gestoppt, das Recht zugesprochen werden dürfte, dieselbe auch wegen nicht connexer, ihnen an L. zuständiger Forderungen zu retiniren.

Dr. Noack m. n. W. A. Fuchs & Co. in Rotterdam, Klägers, c. J. P. L. Bartels & Co., Beklagte.

Auf beklagtische Appellation erkennt das Ober-Gericht unter dem 21. Jan. 1867:

Da die jetzige Dentention der streitigen 28 Säcke Kaffee durch die Bekl. keineswegs als eine Fortsetzung der Detention zu behandeln ist, in welcher sie sich vor Absendung der Waare an L. in Berlin befanden, indem die Bezugnahme der Bekl. darauf, daß sie nicht aufgehört haben, in der Lage zu sein, über die Waare zu verfügen, durch

Digitized by Google

ihre eigenen Angaben, so wie durch die klägerischen producta sub 6 widerlegt wird, sofern aus jenen Angaben, wie aus diesen productis hervorgeht, daß die Packhofs-Verwaltung, in deren Gewahrsam sich die Waare zur Zeit der Anmeldung des L.'schen Concurses am 14. Mai 1866 befand, die Concursmasse des L. als ausschließlich zur Disposition über die Waare berechtigt anerkannt hat und allererst in Folge der Weisung der Vertretung dieser Concursmasse zur Auslieferung der Waare geschritten ist;

da auch die einstweilige Sistirung der Auslieferung der Waare an L. oder dessen Concursmasse, sollte dieselbe ausschließlich auf den Antrag der Bekl. im eignen Namen erfolgt sein, darin nichts ändern würde, weil diese Sistirung eine lediglich provisorische, die rechtliche Lage der Sache nicht alterirende Maßregel war, zu welcher die Bekl. als Absender der Waare im grammatischen Sinn des Wortes, auch abgesehen von einem Auftrage der Absender in der rechtlichen Bedeutung des Wortes, vorläufig legitimirt erscheinen mochten;

da, wenn späterhin die Waare den Bekl. ausgehändigt worden ist, der rechtliche Charakter ihrer jetzigen Detention nach den Bedingungen oder Vorworten zu bemessen ist, unter welchen die Auslieferung stattgefunden hat,

da nun, ausweise der klägerischen Anl. 6, die Auslieferung stattgefunden hat:

1. „unter Bezugnahme auf die Eingabe des Justizrath Hinschius vom 14. Juni, in welcher dieser klägerische Mandatar für die jetzigen klägerischen Vollmachtgeber zu vindiciren und die Auslieferung zu beantragen erklärt;"

2. „unter Vorbehalt der zwischen den jetzigen Parteien zu erledigenden Frage, wem die Waare gehört."

Da demnach die Bekl. freilich, in Folge jenes Actes der Auslieferung, als Detentoren der Waare die rechten Bekl. sind, die rechtliche Lage der Sache aber gerade so zu behandeln ist, als ob die Waare noch auf dem Packhofe zu Berlin läge und als ob dort die Ansprüche der Parteien zum Austrag zu bringen wären;

da nun, sowohl nach niederländischem als nach preußischem und nach Hamburgischem Rechte, das Verfolgungsrecht des Absenders einer unbezahlten Waare gegen den während des transitus insolvent gewordenen Besteller unabhängig ist von der Frage, ob das Eigenthum

Digitized by Google

derselben bereits auf den Besteller übergegangen war, indem die sog. Revindication des Absenders vielmehr nur an die Bedingung geknüpft wird, daß die Waare noch unterwegs, d. h. noch nicht in das Waarenlager oder in einen anderen Aufbewahrungsort des Destinatärs gelangt ist;

da, wenn die preußische Concursordnung, Abschn. 3, § 26 das Verfolgungsrecht auch dann cassiren läßt, wenn die Waare in einen Aufbewahrungsort eines Dritten abgeliefert ist, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Gemeinschuldners zu halten, darunter ersichtlich nicht die Zwischenstationen incl. der Packhäuser der Zollbehörde zu verstehen sind, welche die Waare bis zur Erreichung ihres endlichen Destinationsplatzes zu durchlaufen hat, wie sich denn auch dieses, den allgemein gangbaren Rechtsbegriffen entsprechende Verständniß des § 26 cit. durch die Handlungsweise der L.'schen Masse-Verwaltung bestätigt sieht, indem dieselbe, gehörte das Zollpackhaus in die die Revindication ausschließende Kategorie des § 26, aller Veranlassung zur Ablehnung der Waare entbehrt haben würde;

da, wenn demnach das Verfolgungsrecht der Kläger im vorliegenden Falle vollständig durchgreift, von einer Prüfung der beiden anderen Klagegründe (der Mandatsklage und der Eigenthumsklage) um so mehr abzusehen ist, als die Mandatsklage nach dem Inhalte des klägerischen Absendungsbriefes sehr bedenklich erscheint, in Beziehung auf die Eigenthumsklage aber eine bestrittene Thatsache, d. i. die Eigenschaft, in welcher der Briefsteller der Anl. A. die Beklagten beordert hat, zur Erörterung zu bringen sein würde und indem die Erklärung der Masseverwaltung: „daß sie Eigenthumsansprüche an die fragliche Waare nicht erhebe," nicht nothwendig dahin zu verstehen ist, daß der Cridar Eigenthum an der Waare nicht erworben habe, vielmehr dahin zu verstehen sein wird, daß die Masse das etwanige Eigenthumsrecht des Cridars, weil dasselbe annoch durch das Verfolgungsrecht des Absenders gebrochen werden könne, nicht geltend mache;

da auch der Umstand, daß in erster Instanz das Verfolgungsrecht der Kläger zurückgewiesen und dagegen die Eigenthumsklage als durchgreifend anerkannt worden, die zweite Instanz nicht abhalten kann, den Klägern die Waare auf Grund des Verfolgungsrechtes zuzusprechen, indem — abgesehen davon, ob in jenen Aus-

Digitized by Google

sprüchen erster Instanz Unterentscheidungen oder nur Entscheidungsgründe zu erblicken sind — auch für den Fall, daß eine eigentliche Unterentscheidung vorliegen sollte, die 2. Instanz verpflichtet sein würde, die vom Kläger in 1. Instanz geltend gemachten und gerichtsseitig verworfenen Rechtsgründe einer abermaligen Prüfung zu unterziehen, weil der Partei, die in erster Instanz, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde, vollständig obgesiegt hat, eine Appellation nicht deshalb angesonnen werden darf, weil sie der Gefahr ausgesetzt bleibt, daß der Rechtsgrund, auf welchen die ihr günstige Entscheidung erster Instanz sich stützt, die Billigung der zweit. Instanz nicht finden werde;

da, wenn demnach die Kläger zur Revindication der Waare auf Grund des Verfolgungsrechtes vollständig berechtigt waren, nur noch zur Erörterung steht, ob etwa den Beklagten ein besseres oder doch ein gleich starkes Recht beiwohnt;

da nun den Bekl. in ihrer Eigenschaft als Spediteure der Waare lediglich ein Pfandrecht für ihre connexen Forderungen und ein Retentionsrecht wegen sonstiger Ansprüche an die Eigenthümer — im Gegensatze des Verfolgungsrechtes — zustand, das Retentionsrecht aber durch Innehabung des zu retinirenden Gegenstandes bedingt wird, und die Bestimmung des Art. 382 des H.-G.-B.,

„sofern er dieselbe noch in seinem Gewahrsam hat, oder sonst in der Lage ist, darüber zu verfügen,"

(preuß. Concursordnung, § 33, No. 8)

im vorliegenden Falle ersichtlich nicht zutrifft, weil die Bekl., wie oben hervorgehoben, keineswegs in der Lage waren, über die auf dem Packhofe befindliche Waare zu verfügen, auch der von ihnen in Bezug genommene Erfolg nicht für sie spricht, da ihnen die Waare nicht zu ihrer Verfügung, sondern unter Vorbehalt der Rechte der Kläger an derselben ausgeliefert worden ist;

da auch die unbestimmte Erklärung der Masseverwaltung den Beklagten um so weniger ein Recht zu verleihen vermag, als die Masseverwaltung, wäre sie sich des Sachverhältnisses klar bewußt gewesen, um so gewisser die Kläger als die Berechtigten hätte anerkennen müssen, weil ihre, der Masseverwaltung, Erklärung, die Masse erhebe keine Eigenthumsansprüche, als selbstverständliche Folge mit sich bringt, daß die Masse sich den Klägern gegenüber nicht als Schuldner für den Kaufpreis der Waare betrachtet, während sie,

Digitized by Google

wenn in Folge ihrer Erklärung die Waare den Bekl. schließlich zugefallen wäre, sich der Anerkennung der Kläger als Gläubiger für den Facturenbetrag nicht hätten erwehren können,

daß es bei der im Erkenntnisse a quo vom 22. Nov. 1866 ausgesprochenen Verurtheilung der Bekl. aus den im Vorstehenden entwickelten Gründen zu belassen, Bekl. auch dem Kläger die Kosten der Appellations-Instanz zu erstatten haben.

Zu Art. 415.

Da hier, wo nicht wie in dem erwähnten früheren Fall ein Frachtbrief, sondern ein Ladeschein vorliegt, dem m. n. Kläger nicht noch der Beweis nachgelassen werden darf, daß sein Mandant von vorn herein dem Ablader mitgetheilt habe, daß der Kahn ohne Dampfschiff werde fahren müssen, indem — wie auch ausdrücklich im Art. 415 des allg. d. H.-G.-B. bestimmt ist — für das Rechtsverhältniß zwischen Frachtführer und Empfänger der Güter ausschließlich der Inhalt des Ladescheins in Betracht kommt.

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 11. Novbr. 1867 in S. Dr. H. Wex im Auftrage des Steuermanns G. Dichte c. Ferdinand Seligmann.

Zu Art. 424.

Da Widerkläger selbst davon ausgehen, daß die Beschädigung an den ihnen gelieferten Gütern dadurch verursacht worden, daß dieselben in unbedeckten Wagen hierher befördert worden, der Annahme der Widerkläger aber, daß die Güter zwar in offenem Wagen, nicht aber unbedeckt transportirt werden durften, es entgegensteht, daß die bezüglichen Bestimmungen des in Betracht kommenden Reglements, wie des Art. 424 des allgem. d. H.-G.-B. von unbedeckten Wagen sprechen,

daß die Widerklage als unbegründet abzuweisen ꝛc.

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 28. Nov. 1867 in S. der Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft c B. M. Berendt & Co.

Zu Art. 427.

Da zwar die Einrede der abgemachten Sache zufolge Anlage A. den Klägern nicht entgegensteht, weil diese Anlage nur eine Quittung

Digitized by Google

über die reglementsmäßige Entschädigung der Kläger enthält, die Klage sich aber auf das gesetzliche Recht aus Alinea 3 des Art. 427 des H.-G.-B.s stützt, von welchem aus erklärlichen Gründen das Reglement nichts enthält,

da der Ausdruck „bösliche Handlungsweise" im Gesetze auch nicht blos auf den eigentlichen dolus (oder den dolus superveniens, wenn etwa nachträglich die verlorene Waare von der Bahnverwaltung wieder gefunden wäre) zufolge Prot., S. 5112—5115 zu beschränken ist, sondern derselbe auch die schwersten Fälle der Nachlässigkeit mit umfaßt, bei welchen der Schuldner zwar die Beschädigung nicht zunächst bezweckte, er sich aber bei seinem Verfahren der damit verbundenen Gefahr bewußt war,

da aber eine solche frevelhafte Handlungsweise in der Angabe der Klage:

> „daß es in Leipzig vergessen sei, die Nummer des Wagens zu notiren, in welchem die Baumwolle von Leipzig weiter gegangen"

nicht gefunden werden kann:

> daß Kläger unter Verurtheilung derselben in die Kosten mit der erhobenen Klage abzuweisen.
>
> (Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 3. Juli 1867 i. S. Uhlmann & Co. c. die Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft.)

Vom Obergericht am 6. September 1867 bestätigt.

Zu Art. 560, Abs. 2. 607.

Da Capt. Holjes nicht verkennen konnte, daß das Reinigen seines Schiffes nach Entlöschung der Petroleum-Ladung eine vollständige Sicherheit nicht gewähre, daß schon nach kurzer Zeit eine so empfindliche Waare wie Caffee, ohne Nachtheil mit dem Schiffe verladen werden könne, demnach die Beschädigung, wegen deren Bekl. Ersatz von dem Capitän fordern, nicht durch einen Mangel verursacht worden, „der aller Sorgfalt ungeachtet nicht zu entdecken war," sondern durch einen Mangel, auf welchen, als einen den Umständen nach möglicherweise vorhandenen, der Capitän hätte Bedacht nehmen müssen und für dessen nachtheilige Folgen derselbe nur dann nicht aufzukommen hätte, wenn der Befrachter, — was indessen hier nicht

Digitized by Google

behauptet worden und jedenfalls aus den den Beklagten gegenüber allein in Betracht kommenden Connossementen nicht hervorgeht — ihn dieser Verantwortlichkeit entlassen hätte;

da nun auch Kl. gegen die von den Bekl. aufgestellte Schadensberechnung Einwendungen nicht erheben,

daß der von den Bekl. erhobene Gegenanspruch für begründet zu erklären und demzufolge die Klage, unter Verurtheilung der Kl. in die Proceßkosten, abzuweisen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß 1. Kammer in Sachen Cellier & Parrau m. n. Capt. H. Holjes, Schiff Bernhard, c. Joh. Berenberg, Goßler & Co., vom 15 Juli 1867.

Auf klägerisches Restitutionsgesuch erkennt die 2. Kammer am 5. Oct. 1867:

Da die Begründung der Restitutionsbeschwerde, es sei übersehen, daß die Beschädigung jedenfalls durch die stürmische Reise herbeigeführt sei, durch welche die Waare von eindringendem Seewasser beschädigt worden, wobei es denn gleichgültig erscheinen müsse, ob dieß eindringende Seewasser sich mit in den Näthen oder sonst in dem Schiffskörper noch verbliebenem Petroleum vermischt habe — Angesichts des von den Parteien als maßgebend anerkannten Atteſtes des Maklers Embden Anl. E, welches ausdrücklich diese hier geltend gemachte Beschädigung als Beschädigung von Petroleum bezeichnet — ungerechtfertigt erscheint,

da aber die vorliegenden Connossemente gezeichnet sind „free of damage" und demnach das Schiff wegen einer Beschädigung an der Ladung nur so weit in Anspruch genommen werden kann, als behauptet und eventuell bewiesen wird, daß dem Schiffer hinsichtlich des Verfahrens mit derselben ein Verschulden trifft,

da solches Verschulden begründet sein soll, in Bezug darauf, daß das Schiff früher eine Ladung Petroleum geführt hat,

da eine Behauptung, daß irgend eine gebräuchliche Vorsichtsmaßregel oder Vorkehrung unterlassen worden sei, nicht aufgestellt worden, vielmehr das Verschulden des Schiffers lediglich darin gefunden wird, daß derselbe die Ladung Caffee in sein Schiff eingenommen hat,

da dem Conossementsinhaber gegenüber darauf nichts ankommt, ob der Befrachter und Ablader gar nicht gefragt hat, was das Schiff

Digitized by Google

früher gefahren oder ob er gar gewußt hat, und ihm gesagt ist, daß das Schiff früher eine Ladung Petroleum gehabt hat, indem in den Connossementen von solcher Bevorwortung nichts bemerkt ist,

da in dem Umstand, daß der Schiffer, nachdem das Schiff auf einer früheren Reise Petroleum gefahren hat, die Ladung Caffee einnahm, eine schuldvolle Handlung desselben, auf welche es auch bei Anwendung von Art. 560, Abs. 2 (vgl. Art. 607) doch immer ankommt, nicht gefunden werden kann, weil

1. dieß nicht die zuletzt vorhergehende Reise war, sondern vielmehr die vorhergehende dritte, indem das Schiff unbestrittenermaßen, nachdem es Petroleum in Bremen gelöscht hatte, erst nach St. Thomas gegangen ist, und von dort nach Laguayra, und nicht anzunehmen steht, daß ein Schiff, nachdem es irgend einmal Petroleum gefahren, ohne sich verantwortlich zu machen, niemals andere oder weniger empfindliche Waaren einnehmen dürfte, und sobald man von der Beschränkung auf die letzte Reise absieht, keine Grenze mehr zu bestimmen ist, bei welcher Reise die Unzulässigkeit aufhören sollte,

2. der dem Schiffer bei Einnahme der Ladung, nachdem er früher Petroleum gefahren, zur Abwendung der Bestimmungen des Art. 560, Abs. 2 allerdings obliegende Nachweis, daß sein Schiff seiner Zeit gehörig gereinigt worden, durch die Anlagen geliefert erscheint, indem auch die in der zweiten Instanz, noch dazu ganz obenhin gethane Aeußerung, die angeblichen Aussteller dieser Atteste seien unbekannt, um so weniger zu beachten erscheint, als diese Einwendung ausweise des Protocolles in erster Instanz gar nicht geltend gemacht ist,

daß das Erkenntniß erster Kammer vom 15. Juli d. J., gegen welches, wieder aufzuheben, der von den Beklagten erhobene Gegenanspruch für unbegründet zu erklären und demnach die Beklagten zu verurtheilen, den Klägern die eingeklagten Bc.-M. 299. 1 Schill. sammt Zinsen vom Tage der Klage innerhalb 8 Tage bei Strafe der Zwangsvollstreckung zu bezahlen, die Kosten beider Instanzen aber zu compensiren.

Das Obergericht erkennt am 5. November 1867 in contra restitutorio:

Da der Umstand, daß der Capitän Holjes die Connessemente mit der Clausel „free of damage" gezeichnet hat, zwar bewirkt, daß derselbe wegen einer etwa an der Ladung vorgefundenen Beschädigung

Digitized by Google

sich nicht zunächst zu exculpiren, vielmehr der Empfänger einen solchen Grund dieser Beschädigung, für welchen der Schiffer verantwortlich ist, nachzuweisen hat;

da aber nach dem Atteste des Makler Embden in Verbindung mit dem übrigen Acteninhalte darüber kein Zweifel besteht, daß der Grund der an den 123 Säcken Caffee nach ihrer Ankunft vorgefundenen Beschädigung durch Petroleum in der ungenügenden Reinigung gefunden werden muß, welcher der Capitän Holjes sein Schiff in Bremen unterzog, bevor er mit demselben in Ballast nach dem Hafen abging, in welchem es zum Transport der Caffeeladung von Puerto Cabello nach Hamburg gechartert wurde und da der Schiffer in Betreff der zu solcher Instandsetzung seines Schiffes erforderlichen Maßregeln als Sachkundiger zu gelten hat, welchem jede in dieser Hinsicht begangene, durch den Erfolg constatirte Versäumniß so lange zur Last fällt, als er die deßfallsige Verantwortung nicht etwa durch eine ausdrückliche und specielle Verwahrung in den Connossementen von sich abgelehnt hätte,

daß formalia für salvirt zu erachten und das Erkenntniß contra quod der 2. Kammer des Handelsgerichts vom 5. Octbr. d. J. wieder aufzuheben, dagegen das Erkenntniß der 1. Kammer vom 15. Juli d. J. alles Inhals wieder herzustellen sei.

Die Kosten der Restitutions- und Contrarestitutions-Instanz werden compensirt, die wieder zu versiegelnden Acten sind an das Handelsgericht zu remittiren.

Zu Art. 736.

Erkenntniß des Handelsgerichts vom 12. Januar 1867 i. S. Dr. Sieveking m. n. Capt. Petterssson vom schwedischen Dampfboot Linné c. Möller & Zoder, Schiffsmakler, als selbstschuldige Caventen für das englische Dampfboot Black Swan, Capt. Knowles, sowie i. S. Doctoris Antoine-Feill m. n. Capt. Knowles vom englischen Dampfschiff Black Swan, c. Aug. Bolten, Wm. Miller's Nachf., Schiffsmakler, als selbstschuldigen Caventen für das schwedische Dampfboot Linné, Capt. Petterssson.

Digitized by Google

Daß diese beiden Sachen unter der obenstehenden Acten-Aufschrift zu combiniren,

und in der Sache selbst:

daß die Beklagten P. A. Möller & Zoder, als selbstschuldige Caventen für das englische Dampfboot Black Swan, Capt. Knowles, für verpflichtet zu erklären, den dem klägerischen Dampfboot Linné und dessen Ladung durch die stattgehabte Ansegelung verursachten Schaden zu ersetzen, beiden Theilen aber hinsichtlich der Höhe desselben alle Rechtszuständigkeiten vorzubehalten.

Gründe.

Der Art. 736 des Handelsgesetzbuchs schreibt vor:

„Wenn zwei Schiffe zusammenstoßen, — — — — so ist, falls eine Person der Besatzung des einen Schiffes durch ihr Verschulden den Zusammenstoß herbeigeführt hat, der Rheder dieses Schiffes — — — verpflichtet, den durch den Zusammenstoß dem anderen Schiffe und dessen Ladung zugefügten Schaden zu ersetzen,"

und die Bekanntmachung vom 1. Mai 1863, Art. 13 bestimmt:

„Wenn zwei Schiffe unter Dampf — einander entgegenfahren und dadurch Gefahr des Zusammenstoßes entsteht, so müssen die Steuerruder beider Schiffe Backbord gelegt werden, damit jedes an der Backbordseite des anderen passiren kann,"

eine Verordnung, welche übrigens mit derjenigen aller hauptsächlichen seefahrenden Nationen übereinstimmt.

In dem vorliegenden Falle constirt nun, daß dieser Verfügung von seiten des aufkommenden Schiffes Black Swan zuwidergehandelt ist, aus den eigenen Aussagen der Mannschaft des Black Swan.

Zufolge derselben hat der Black Swan sein Steuer gar nicht umgelegt ꝛc.

Bei demnach vorliegender Gewißheit, daß abseiten des Black Swan nicht der Verordnung und dem allgemeinen Seegebrauch gemäß gesteuert worden, ist das Schiff verantwortlich zu halten, es sei denn, daß abseiten desselben genügend nachgewiesen worden, daß ein Ausnahmefall begründet ist,

Digitized by Google

siehe auch die Entscheidung des Dr. Lushington i. S. Menai c. Friends (Abbott, 10. ed., S. 525, 9. ed., S. 195): „unless some exception is to be engrafted on these rules, the rule applies, and then is follows, that the Menai was to blame for putting her helm to starboard, and the Friends acted right."

Die jetzt aufgestellte Behauptung aber, daß das Schiff so, wie geschehen, habe verfahren müssen, weil es sonst unmittelbarer Gefahr ausgesetzt gewesen wäre, erscheint nicht zutreffend, weil klar vorliegt, daß das Schiff zu den von ihm ergriffenen Maßregeln durch solche Rücksicht gar nicht bestimmt worden ist, einmal nämlich besagt seine eigene Verklarung davon kein Wort, was doch der Fall sein müßte, sodann aber widerspricht solcher jetzt geltend gemachten Annahme, als ob das Schiff zwar gegen die Verordnung und den Seegebrauch gehandelt habe, dazu aber durch die Noth gezwungen gewesen sei, der Umstand, daß Capitän Knowles und Steuermann Johnson bei den Fragen hinter der Verklarung beide die Sache so haben darstellen wollen, als ob der Verordnung gemäß gesteuert worden wäre.

Deshalb bedarf es auch in dem vorliegenden Falle keiner Erörterung darüber, wie die Schranken zu bestimmen seien, bis wohin ein Schiff die Verpflichtung haben kann, sich selber Gefahren auszusetzen, um eine Collision zu vermeiden; so wenig wie darüber, welchen Einfluß der Umstand haben würde, daß an der Strecke, auf welcher aller Wahrscheinlichkeit nach der Zusammenstoß stattgefunden, der Black Swan, falls er sein Ruder Backbord gelegt hätte, selbst wenn er, was gar nicht constirt, aus dem Fahrwasser gekommen wäre, zwar nicht in ein anderes Fahrwasser, aber doch in tiefes Wasser gekommen sein würde.

Auch sonst liegen keinerlei Entschuldigungsmomente für den Black Swan vor, denn ꝛc.

Angesehen die Frage wegen des Einflusses des Umstandes, daß ein Böschlootse an Bord des Black Swan gewesen, so existirt keine gesetzliche Verpflichtung der aufkommenden Schiffe, bei der Böschstation einen Lootsen zu nehmen, und zwar weder in der Weise, daß etwa eine Strafe für den Fall der Uebertretung solcher Vorschrift festgesetzt wäre, noch in derjenigen, daß etwa ein bestimmtes Lootsgeld bezahlt werden müßte, es möchte nun ein Lootse genommen sein

Digitized by Google

oder nicht, — wie denn auch diese Lootsfreiheit anerkannt ist i. S. Joh. Kölln c. Capt. Karnaby ꝛc., Erkenntniß 2. Kammer des Handelsgerichts vom 8. Decbr. 1858, confirmirt in contra restitutorio 31. Januar 1859 in den Worten — „so wenig — wie überall eine Verpflichtung für die Schiffe existirt, von der Böschstation aus — sich eines Lootsen zu bedienen."

In der betreffenden holsteinischen Gesetzgebung ist sub dato Christiansborg den 1. Februar 1762 eine Lootsenordnung erlassen worden, in welcher es sub 5 ausdrücklich heißt: „So wie kein Lootse sich wider des Schiffers Willen an dessen Bord begeben darf," und ferner in Gemäßheit Placats, betreffend das Pilotiren auf der Elbe, vom 9. Juni 1785 (in den schleswig-holsteinischen Verordnungen) die Veränderung eingetreten, daß jene Lootsenordonnanz zwar aufgehoben, aber an ihrer Stelle „das Pilotiren auf der Elbe — — wiederum der vorigen Verfassung zufolge, einem jeden königlichen Unterthan freigestanden ist," an welcher Freiheit, neben der von einem Lootszwang natürlich nicht die Rede sein kann, sodann 1785 in verschiedenen noch heute beobachteten Publicationen nur das geändert ist, daß wieder examinirte Lootsen angestellt und Anderen das Pilotiren verboten ist.

Vgl. auch Ravit, Jahrbücher der Gesetzgebung u. Verwaltung der Herzogthümer Schleswig-Holstein und Lauenburg, 1847, S. 105:

„Bei der Bösch muß der Admiralitätslootse das Schiff an einen Böschlootsen abgeben. Will der Capitän aber ohne Lootsen auffegeln, so hat bis dahin kein Zwang stattgefunden."

Siehe Soetbeer, Hamburger Handelsarchiv, S. 97:

„Es findet jedoch in keiner Weise ein Zwang statt, sich eines Böschlootsen zu bedienen; es steht vielmehr jedem Capitän frei, von der Bösch ab ohne Lootsen aufzusegeln und ist in solchem Falle kein Böschlootsengeld zu entrichten."

Wenngleich das Nehmen eines Lootsen an der Bösch in dem ausgedehntesten Maße allgemeine Usance ist, auch den Verhältnissen nach von pflichtmäßiger Vorsicht geboten erscheint, so kann es dennoch keinem Bedenken unterliegen, daß bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes, Art. 740: „wenn sich das Schiff unter der Führung eines Zwangslootsen befunden hat ꝛc." um diese Vorschrift zur Anwendung

Digitized by Google

zu bringen, jedenfalls entweder eine ausdrückliche obrigkeitliche Verordnung bestehen müßte, welche bestimmte, daß es Pflicht der Schiffe sei, solchen Lootsen zu nehmen, oder eine Usance, zufolge welcher die Sache von allen Betheiligten als Zwangspflicht angesehen würde, welche letztere Annahme aber durch die zweifellose Praxis hinsichtlich des Lootsgeldes, welches von entsegelten Schiffen in keiner Weise gefordert wird, sowie durch alles oben Angeführte widerlegt wird; wie denn auch in den betreffenden Berathungen über das Handelsgesetzbuch der Gegensatz gegen den Begriff „Zwangslootse" immer derjenige eines Lootsen gewesen ist, dessen Annahme Gebrauch oder Vorsicht dem Schiffer räth (vgl. die preußischen Motive zu Art. 418 und die Protocolle, S. 1781 flg., S. 2791 flg.), und nach solcher Berathung zuletzt beschlossen ist: „den Art. 593 (d. i. jetzt 740) auf den Fall zu beschränken, daß der Zusammenstoß durch einen Zwangslootsen veranlaßt worden."

Vom Obergericht bestätigt den 12. Juli 1867.

Zu Art. 736. 737. 492. 494.

Da zur Begründung einer Klage auf Ersatz des bei einem Zusammenstoß von Schiffen erlittenen Schadens nach Art. 736 des H.-G.-B. die vom Kläger gehörig zu substantiirende und erforderlichenfalls in ihren Einzelheiten zu erweisende Behauptung gehört, daß der Zusammenstoß durch das Verschulden einer zur Besatzung des beklagtischen Schiffes gehörigen Person herbeigeführt worden sei,

da ferner aber das beklagte Schiff, selbst wenn eine Verschuldung auf seiner Seite nachgewiesen wäre, auf Grund Art. 737 des H.-G.-B. von der Verpflichtung zum Schadensersatze dann befreit wird, wenn es darzuthun vermag, daß der Zusammenstoß nicht allein die Folge einer Verschuldung von seiner Seite gewesen, sondern daß die Collision mitbewirkt worden sei durch ein Verschulden der Besatzung des klagenden Schiffes;

da nun der vom Beklagten producirte, von ihm allein in Leith ohne Vorlage des Schiffsjournals erhobene, erst hinterher von einigen Mitgliedern der Besatzung mitunterzeichnete Seeprotest nicht als ein Document angesehen werden kann, dem die Beweiskraft einer förmlichen Verklarung beigelegt werden dürfte,

vergl. die Entscheidungsgründe zum Erkenntniß des Ober-

Digitized by Google

Appellationsgerichts i S. von Zerssen c. Schernikau (Seebohm, Nr. 111),

da außerdem den beklagtischen Angaben im Proteste die klägerischerseits belegte und producirte Verklarung entgegenstehen würde;

da aber auch dieser klägerischen Verklarung die einer förmlichen Verklarung im Art. 494 des H.-G.-B. beigelegte Beweiskraft bis zum Gegenbeweise nicht zugesprochen werden kann, weil sie nicht, wie im Art. 492 bestimmt, unter Vorlage und auf Grundlage eines ordentlichen Journals belegt worden ist;

da somit über die beiderseitigen Behauptungen, soweit dieselben für relevant zu erachten, ein ordentliches Beweisverfahren zu eröffnen sein wird;

da aber schon darüber, welche der beiderseits angeführten Thatsachen als relevant zu erachten sind, vom Handelsgerichte erst nach Einholung sachverständiger Gutachten entschieden werden kann und es sich zur Vermeidung einer Wiederholung der stattgefundenen Verhandlung empfiehlt, den Parteien im Allgemeinen die ihnen obliegenden, resp. ihnen nachzulassenden Beweise zu injungiren und die Entscheidung über die Relevanz der einzelnen, von ihnen aufgestellten Behauptungen bis nach geschehener Beweisantretung auszusetzen,

daß für die weitere Verhandlung dieser Sache nach Vorschrift des Art. 3 der Handelsgerichts-Ordnung zwei Schifferalte als Sachkundige zur Gerichtssitzung zuzuziehen seien;

daß den Parteien wegen des sonst noch Vorgebrachten für jetzt Gerechtsame zu reserviren,

Kläger aber schuldig sei, den Beweis seiner Behauptung anzutreten:

daß die am 26. Juli d. J. stattgefundene Ansegelung seines Evers Therese durch das Dampfschiff Berlin einer Verschuldung auf Seiten der Besatzung des Letzteren zuzuschreiben sei;

Bekl. dagegen den Beweis:

daß die Collision durch ein Verschulden der Besatzung der Therese mitbewirkt worden sei.

Beide Parteien haben die ihnen injungirten Beweise, salva reprobatione, innerhalb 8 Tage nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses bei Verlust der Beweisführung anzutreten und da-

Digitized by Google

bei unter gleichem Präjudize die thatsächlichen Behauptungen zu präciſiren, deren Wahrheit ſie darthun wollen, worauf zuvörderſt darüber, ob ſolche als relevant zu erachten, nach eingeholtem Gutachten der zur Verhandlung zugezogenen Schifferalten und ſodann über die für die relevant zu erachtenden Behauptungen vorgeſchlagenen Beweismittel weiter was Rechtens erkannt werden ſoll.

(Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 19. November 1866 i. S. Dris. Sieveking m. n. Friedr. Wölper aus Abbenfleth, Klägers; c. Capt. J. Brander vom engliſchen Dampfboot Berlin, Beklagten.)

Auf beklagtiſche Appellation am 11. Jan. 1867 vom Obergericht beſtätigt.

Zu Art. 736. 737.

Der m. n. Kl. ſagt in der Klage: Der dem klägeriſchen Mandanten gehörige Fiſchever habe am 5. April auf dem ſchwarzen Tonnenſande vor Anker gelegen und ſei dort von dem Dampfboot Uhlenhorſt, dem Bekl. gehörig, überſegelt und gänzlich zerſtört worden, ſo daß die Beſatzung nur das Leben und was ſie am Leibe getragen, gerettet, das ganze am Bord befindliche Inventar und alle Effecten aber zu Grunde gegangen ſeien, er producirt Verklarung, welche die näheren Details ergebe, und welche darüber keinen Zweifel laſſe, daß die Beſatzung der Uhlenhorſt oder der Eine oder Andere derſelben die Schuld an dieſem Zuſammenſtoß trage. Aus dieſem Grunde nimmt Kläger den Bekl. als Rheder der Uhlenhorſt wegen Erſatz dieſes Schadens in Anſpruch ꝛc.

Bekl. producirt die ſeinſeitige Verklarung und erwidert auf die Klage, welche ſich auf die Art. 736 und 737 des Handelsgeſetzbuches ſtütze, daß der Mannſchaft der Uhlenhorſt die klagend behauptete Schuld nicht treffe und wenn überhaupt dieſem Unglück eine Schuld zu Grunde liege, dieſe ſich auf Seiten des klägeriſchen Mandanten finde ꝛc. Er opponire daher der Klage die Einrede der eigenen Verſchuldung und zu dieſer komme hinzu diejenige aus dem Art. 740 des Handelsgeſetzbuches, indem das Dampfboot ſich der Zeit unter dem Commando eines Zwangslootſen befunden habe; es ſei dieß der Böſchlootſe J. Breckwoldt aus Blankeneſe geweſen ꝛc.

Digitized by Google

M. n. Kl. ꝛc. — Die Einrede aus dem Art. 740 des Handelsgesetzbuches werde widerlegt durch das Erkenntniß und die Entscheidungsgründe des Handelsgerichts in S. Dr. Sieveking c. Möller & Zoder. Böschlootsen seien gewiß keine Zwangslootsen, wenn nicht einmal die Cuxhavener Lootsen als solche anzusehen seien. Uebrigens sei dann doch die Vermuthung dafür, daß der ruhig liegende Ever keine Schuld habe, dieselbe vielmehr nur auf Seiten des beklagtischen Dampfschiffes sei ꝛc.

Das Handelsgericht erkennt am 10. Juli 1867, unter Zuziehung der Schiffer-Alten Gerritz und Petersen,

daß die Einrede aus Art. 740 zu verwerfen und der Bekl. für schuldig zu erklären, dem Kl. den Werth des Schiffes Trident und der mit demselben untergegangenen Effecten ꝛc. zu ersetzen.

Gründe.

Anlangend zunächst die Einwendung aus Art. 740, so kann der an der Böschstation eingenommene Lootse für einen Zwangslootsen nicht gehalten werden,

siehe die auch in der Verhandlung in Bezug genommene Entscheidung des H.-G. v. 12. Jan. d. J. in S. Dr. Sieveking m. n. c. P. A. Möller & Zoder ꝛc. so wie ꝛc.

an welcher Entscheidung auch durch die beklagtischerseits geltend gemachten Schwierigkeiten in der Beurtheilung, welche möglicherweise entstehen könnten, wenn an der Böschstation ein derartiger Lootse nicht an Bord kommen und demgemäß ein Hamburger Admiralitätslootse das Schiff weiterlootsen würde, um so weniger etwas geändert werden kann, als es sich hier um die Bestimmung mehrerer verschiedener Gesetzgebungen handelt, welche ja sehr wohl unter einander differiren können.

Anlangend sodann die Frage nach der Verschuldung des beklagtischen Schiffes, so ist freilich gewiß, daß eine gesetzliche Vermuthung für die Verschuldung des Schiffes, welches ein zum Anker liegendes ansegelt, nicht besteht, und daß die in dem preußischen Entwurf des Handelsgesetzbuches vorgeschlagene Feststellung solcher Vermuthung ausdrücklich abgelehnt worden ist.

Aber darum wird bei Beurtheilung solches Falles dennoch immer davon auszugehen sein, daß, namentlich wo besondere Momente gegen

Digitized by Google

das zum Anker liegende Schiff nicht geltend gemacht werden, ein Erhebliches für den Beweis der Verschuldung des einen Schiffes schon darin liegt, daß das Andere zum Anker war; wie denn in dieser Weise sowohl dort, wo eine solche gesetzliche Vermuthung überhaupt niemals Rechtens gewesen ist, erkannt wird,

Parsons maritime law I, S. 209 und die in Nr. 8 citirten Entscheidungen von Dr. Lushington:

„If a ship at anchor and one in motion come into collision, the presumtion is, that it is the fault of the ship in motion, unless the anchored vessel was, where she schould not have been."

Nr 8. Dr. Lushington said — — „Prima facie — the Lochlibs is to blame for having run down a vessel at anchor."

Vgl. auch Maclachlan law of shipping, S. 284;

als auch bei den Berathungen über das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die Aufstellung einer gesetzlichen Vermuthung eben auch in der Erwägung unterblieben ist, daß die Gerichte auch ohne solche dem Umstand die ihm gebührende Bedeutung beilegen würden,

Prot., S. 2789;

Abhandl. in Busch, Archiv, VI, S. 418.

Zu diesem Umstand, daß das klägerische Schiff zum Anker lag ꝛc.

Anlangend nun den klägerischen Antrag, so weit mit demselben mehr und Anderes beansprucht wird, als der effective Werth der untergegangenen Sachen, so erscheint derselbe unbegründet.

Das Handelsgesetzbuch Art. 736 bestimmt dasjenige, was das Schiff, dem ein Verschulden zur Last fällt, zu ersetzen hat, dahin:

„den durch den Zusammenstoß dem anderen Schiff und dessen Ladung zugefügten Schaden zu ersetzen,"

und nach Maßgabe dieses Artikels kann der Ersatz bei einem Totalverlust nicht höher ausgesprochen werden, als auf den effectiven Werth der untergegangenen Sachen.

Uebrigens ist diese Auffassung auch keineswegs eine besondere, sondern wird auch in anderen seefahrenden Staaten beobachtet.

Parsons maritime law, I, S. 206 (Nr. 1 v. S. 205):

And when a vessel is sunk and full damages are

Digitized by Google

allowed as for a total loss, the plaintiff cannot recover any thing in the nature of a demurrage for loss of the employment of his vessel or his own earnings.

The Columbus 3. W. Rob. 158:

And the language of the court in this case would show that in the case of a total loss nothing beyond the value of the vessel can be recovered by way of increasing the damages,

wenngleich allerdings in dieser Hinsicht keineswegs allgemeine Uebereinstimmung herrscht, und genau der vorliegende Fall in Havre anders entschieden ist.

Caumont, abordage maritime, Paris, 1865, Nr. 148, S. 174 unten:

„Ainsi en perdant leur barque c'est à dire leur instrument de travail, les abordés éprouvent un domage qui les prive du produit de la saison de pêche; il est de toute justice de les indemniser de ce préjudice."

Anlangend nun die Höhe der klägerischen Forderung, so sind eines Theils so viel Daten beigebracht, daß der Werth der untergegangenen Gegenstände zu taxiren ist, und anderen Theils wird immer auf solche Schätzung zurückgekommen werden müssen, da auch die an dem Ever zuletzt vorgekommene größere Reparatur eine Reihe von Jahren zurückliegt.

Auf die Kosten aber können diese Entscheidungen einen Einfluß nicht haben, dieselben sind vielmehr dem untergegangenen Schiffe gänzlich zu erstatten.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Obergericht unter dem 28. Oct. d. J.:

Da die Frage nach der Verschuldung des beklagtischen Schiffes bei der Ansegelung von der Beurtheilung der dabei in Betracht kommenden nautischen Verhältnisse wesentlich abhängig ist, nun aber in der nach Maßgabe Art. 3 der Handelsgerichtsordnung verfügten Zuziehung amtlich beglaubigter Sachkundiger zu der gerichtlichen Verhandlung in erster Instanz eine ausreichende Garantie für die richtige Würdigung dieser Verhältnisse gefunden werden muß, und demnach auch zur Einleitung eines Beweisverfahrens über das Verschulden des beklagtischen Schiffes um so weniger eine Veranlassung vor-

Digitized by Google

handen ist, als ein solches Beweisverfahren ersichtlich resultatlos bleiben würde;

da auch hinsichtlich der Verwerfung der Einrede aus dem Art. 740 des a. d. Handelsgesetzb. dem Handelsgerichte beizutreten ist,

dagegen die Größe des Schadens anlangend, da, wenn gleich klägerischerseits für den Werth der untergegangenen Gegenstände manches beachtungswerthe Material bereits beigebracht worden, auch nach dem Einführungsgesetze zum a. d. Handelsgesetzbuche, §. 32 zu Art. 283, bei feststehender Verpflichtung zum Schadenersatze der richterlichen Ueberzeugung eine freiere Bewegung gestattet ist, doch in dem vorliegenden Falle eine weitere Justification des Schadens dem Kläger annoch aufzuerlegen, um so angemessener erachtet werden muß, als die Werthschätzung des untergegangenen Evers nebst Inventar wesentlich auf unbeeidigte Zeugnisse beruht, und Nachweise über Taxe und Versicherung des Evers bisher nicht beigebracht sind;

dabei jedoch dem Kläger unbenommen zu lassen, diese Justification auf den ganzen eingeklagten Betrag zu richten, mit Ausnahme der für entzogenen Verdienst ausgeworfenen Mark-Crt. 1500. —, indem in der Beurtheilung dieses Postens dem Handelsgerichte beizupflichten ist;

da es übrigens dem Kl. selbstverständlich freizustellen ist, sich behufs Justification seiner Schadenforderung von Mk.-Crt. 7000. — für den Ever nebst Inventar und Mk.-Crt. 1277. 6 Schill. für die verlorenen Effecten der Mannschaft des bereits Beigebrachten in quantum de jure mit zu bedienen,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo d. 10. Juli d. J. unter Confirmation seines übrigen Inhaltes, so weit es die Feststellung des Schadens in quanto betrifft, für jetzt wiederum aufzuheben und der Kläger in nächster handelsgerichtlicher Audienz nach beschrittener Rechtskraft dieses Erkenntnisses, dem Bekl. Gegenbeweis vorbehältlich, bei Strafe des Beweisverlustes, den Beweis anzutreten schuldig sei:

> daß der Werth des Schiffes Trident nebst Inventar Mark-Courant 7000 — und der mit demselben untergegangenen Effecten der Mannschaft Mrk.-Crt. 1277. 6 Schill. oder wie viel weniger betragen habe.

Die Kosten dieser Instanz sind zu compensiren.

Digitized by Google

Dr. Sieveking m. n. Peter Imbeck, Führer des Fischevers 46, Trident in Blankenese, c. O. L. Eichmann.

Dieses Erkenntniß ist in die Rechtskraft getreten.

Zu Art. 736 flg.

Kläger behauptet in der Klage, das Fährdampfboot Hamburg sei auf seiner Fahrt von Steinwärder nach Hamburg mit voller Kraft auf seine Zille losgefahren, so daß sie sofort leck wurde und zu sinken begann; sie wurde nun von dem „Hamburg" ans Ufer bugsirt, woselbst sie völlig versank und auseinanderbrach, so daß sie nichts als ein werthloses Wrack ist. Die polizeiliche Untersuchung habe ergeben, daß der Zusammenstoß lediglich die Folge der Fahrlässigkeit des Führers des Fährbootes war, welcher mit allzuvoller Kraft fuhr und nicht richtig auswich. Die Folge der Untersuchung sei denn auch die gewesen, daß der Führer des Hamburg in eine Strafe von 45 Mark oder 8 Tagen Gefängniß verurtheilt sei, wobei dem Schiffer seine Rechte auf Schadensersatz gegen die Rhederei vorbehalten worden. Der Beklagte wird nun als Rheder in Anspruch genommen ꝛc.

Beklagter excipirt, daß das gegen den Steuermann H. ergangene Straferkenntniß für das Civilverfahren namentlich gegen den Beklagten von gar keiner Relevanz sei und nicht genüge, den Kläger der ihn treffenden Beweise zu überheben; verschiedene Zeugenaussagen sprächen für die Nichtschuld des Hagenow ꝛc. Durchschlagend sei übrigens die Einrede, daß Beklagter gar nicht für irgend eine culpa des Steuermanns hafte, wofern ihm nicht selbst eine culpa in eligendo oder sonst vorgeworfen werde, was nicht geschehen. Die Bestimmungen des allg. d. H.-G.-B. vom Zusammenstoßen von Schiffen gelten nur für Seeschiffe, und die Uebertragung derselben durch das Einf.-Ges. auf die Flußschifffahrt bezieht sich selbstverständlich nur auf Fahrzeuge, welche irgendwie zur Vermittelung des Handels dienen, nicht aber auf ein Fährboot, welches mit dem Handel gar nichts zu thun habe, sondern über einen schmalen Wasserarm Passagiere übersetze ꝛc.

Das Handelsgericht erkennt unter dem 9. October d. J.:

Da nach Inhalt des § 54 des hiesigen Einf.-Ges. zum allg. d. H.-G.-B. und dem Commissionsberichte zu diesem Paragraphen (ed. Hirsch, S. 99) darüber ein Zweifel nicht sein kann, daß die Art.

Digitized by Google

736—741 des H.-G.-B. auf den Zusammenstoß eines zur Passagier-beförderung wesentlich bestimmten Elbdampfbootes mit einer oberländischen Zille im hiesigen Hafen Anwendung zu finden haben,

da ferner nach den Untersuchungsacten und dem beklagtischen Vorbringen als erwiesen anzusehen ist, daß der Zusammenstoß des beklagtischen Dampfschiffes Hamburg mit der klägerischen Zille durch Schuld des Führers des Dampfbootes herbeigeführt worden und zwar deshalb, weil die Zille am angewiesenen Platze vor Anker lag, während das Dampfschiff dieselbe in seiner regelmäßigen Fahrt anlief ꝛc.

(Dr. J. Israel m. n. Schiffer Wade aus Grünewald, Kl., c. J. H. Grell als Rhebers des Hamburg-Steinwärder-Fährdampfboots „Hamburg," Bekl.)

Zu Art. 736.

In der Klage heißt es: Menzel in Magdeburg habe mit der Zille Nr. 2477, Schiffer Wade, Mauersteine verladen. Die Steine incl. Fracht sind mit 750 Thlr. bei der Magdeburger Wasser-Assecuranz-Actien-Gesellschaft versichert. —

Schiffer Wade kam mit seiner Ladung wohlbehalten in Hamburg an und wurde die Zille hier, im sog. Milchbauerloch, von einem dem Beklagten gehörigen Fährdampfer, der mit voller Kraft auf das Fahrzeug losfuhr, dermaßen am Vordertheile getroffen, daß dasselbe zerbrach und die Zille voll Wasser lief ꝛc. Für den ganzen, durch das Verschulden des Führers und der Mannschaft auf dem Fährdampfer entstandenen Schaden hat Beklagter in Gemäßheit der einschlagenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs aufzukommen, da diese Bestimmungen auch für Fälle der vorliegenden Art maßgebend sind ꝛc.

Die in rubro genannte Vers.-Gesellschaft hat dem Menzel, der die Steine zu dem angegebenen Betrage versichert hatte, den vollen Betrag zu bezahlen und erscheint somit nach Maßgabe der l. 28 D. de negot. gest. 3. 5 ohne Weiteres zur Geltendmachung des dem Menzel zustehenden Anspruches berechtigt und legitimirt. Menzel hat aber seine deßfallsigen Rechte und Ansprüche überdieß noch ausdrücklich auf die klagende Gesellschaft übertragen ꝛc. Kläger bittet Verurtheilung des Beklagten in die Bezahlung von 750 Thlrn. mit Zinsen und Kosten.

Beklagter excipirt ꝛc.: In das Ermessen des Gerichts werde

Digitized by Google

gestellt, ob die Klage wie angestellt möglich und zulässig, daß die Gesellschaft, welche dem Menzel regreßpflichtig, ohne Valuta gezahlt zu haben, die Ansprüche desselben geltend mache. Jedenfalls habe Beklagter sämmtliche Einreden, die der Gesellschaft gegen Menzel zugestanden, denn Menzel könne nur den Schaden ersetzt verlangen, welcher ihm wirklich durch die vom Beklagten angeblich zu vertretende Handlungsweise des Hagenow entstanden, nicht aber den von ihm selbst verursachten Schaden. Soweit also Menzel durch die Versicherung gedeckt sei, habe er gar keinen Schaden erlitten, er könne also auch nicht existente Ansprüche nicht cediren. Soweit er durch die Versicherung nicht gedeckt, komme es darauf an, ob dieß Nichtgedecktsein mit oder ohne sein Verschulden geschehen; wäre es mit seinem Verschulden geschehen, so sei dieser Schaden eben nicht von Hagenow verursacht, sondern von Menzel selbst. In regulärer Weise lasse sich dieß erst entscheiden, wenn Menzel die Magdeburger Gesellschaft verklagt hätte und Beklagter zu diesem Streite hinzugezogen wäre ꝛc.

Das Handels-Gericht erkennt unter dem 9. Octbr. d. J.:

das die klägerische Proceßlegitimation auf Grund der beglaubigten Vollmacht ꝛc. für berechtigt zu erklären;

auch die Sachlegitimation der klägerischen Gesellschaft auf Grund der Cession d. Magdeburg, 4. April d. J., nach Maßgabe Art. 299 des allgem. d. H.-G.-B.s bei nicht behaupteter Fiction nicht zu beanstanden,

und

da im Uebrigen die Parteien hinsichtlich der Verhaftung des Beklagten für den dem Cedenten an der Ladung der Zille Nr. 2477 durch deren Zusammenstoß mit dem „Hamburg" entstandenen Schaden nach Maßgabe Art. 736 des allgem. d. H.-G.-B.s auf die Entscheidungsgründe zum heutigen Erkenntnisse in Sachen Dris. Israel m. n. c. den Beklagten verwiesen werden können;

da ferner die Bedingungen, unter welchen Menzel versichert war, und deren etwaige Nichteinhaltung, resp. ein Erlaß derselben, völlig irrelevant sind für den Anspruch, welchen er (resp. seine Cessionarin) als Eigner der Ladung erhebt gegen die Rhederei des Schiffes, welche den Verlust seiner Steine zu vertreten hat, weil ihr Schiff den Zusammenstoß verschuldete, durch welchen die Zille unterging, welche den Transport seiner Ladung besorgte; übrigens die

Digitized by Google

Versicherungsbedingungen der Cessionarin den beigebrachten Statuten anhängen;

da der Beklagte auch nach dem Inhalte der Beilage zum Protocoll-Extract der Baudeputation vom 10. Juli 1867 (siehe Untersuchungs-Acten) mehr nicht als jura cessa gegen die bergende Behörde verlangen kann, nicht aber Abweisung der Klage, weil die Steine in natura vorhanden seien und zwar deshalb nicht, weil derjenige Theil der fraglichen Ladung, welcher wirklich geborgen ist, mit einer den Werth derselben übersteigenden Kostenforderung der bergenden Verwaltung beschwert liegt und der Beklagte nicht etwa verlangt hat, daß Klägerin auf seine Kosten vorgängig solche Bergungs- oder sonstige Ansprüche gerichtlich feststellen lasse;

da endlich die Substantiirung des klägerischen Anspruches aus den Anlagen 3 u. 4 genügend erhellt;

wohl aber der Beklagte eine Justification der Ansätze der Anl. 4 und einen Nachweis des klägerischen Interesse verlangen kann, also daß die Steine nach dem über dieselben geschlossenen Contract auf Gefahr der Absender reisten, was bei einem Verkaufe franco Fracht nicht ohne Weiteres aus Art. 345 des H.-G.-B.s folgt:

daß unter Verwerfung der übrigen beklagtischen Einreden Klägerin den Contract, auf Grund dessen Menzel die fragliche Ladung hierher verschiffte, innerhalb 14 Tagen sub poena 5 Thlr. zu beklagtischer Inspection auf der Gerichts-Canzlei niederzulegen schuldig, und ferner in gleicher Frist die Justification der Ansätze der Anl. 4 als den Inhalt und Kaufpreis der fraglichen Ladung incl. Fracht, Gegenbeweis vorbehältlich, bei Verlust der Beweisführung anzutreten habe.

Dr. H. Wex m. n. der Magdeburger Wasser-Assecuranz-Ges. cess. noie. Julius Menzel zu Magdeburg c. J. H. Grell, als Eigner der Dampffähre zwischen Steinwärder, kleiner Grasbrock und Hamburg.

Vom Ober-Gericht unter dem 29. Novbr. 1867 bestätigt.

Art. 740.

Da die Klage, so wie dieselbe angestellt worden, unzweifelhaft als eine Klage gegen die Rhederei des Dampfschiffes Gabriele und diese treffend erscheint,

Digitized by Google

da das Vorbringen, es habe sich das beklagtische Schiff zur Zeit des behaupteten Zusammenstoßes unter Führung eines Zwangslootsen befunden, eine bis auf die namentliche Bezeichnung desselben genügend substantiirte Einrede ist, welche die Beklagten von aller Verantwortung befreien würde, und namentlich zu solcher Einrede nicht gehört, daß auch behauptet worden, es habe die Schiffsbesatzung ihre Pflicht gethan, indem vielmehr die Behauptung des Gegentheils eine klägerische Replik bildet,

s. die Abhandlung in Busch, Arch., VI, S. 428,

da nun der Zwangslootse, unter dessen Führung sich das Schiff befunden haben soll, zwar nicht persönlich und mit Namen bezeichnet ist, was allerdings noch geschehen muß, aber doch bestimmt behauptet ist, daß einer der Hafenlootsen am Bord fungirt habe,

da nun diese als Zwangslootsen im Sinne des Gesetzes Art. 740 erscheinen, indem

1. bei dem Zwang, welcher in dem Worte Zwangslootse gemeint ist, nicht an einen physischen Zwang oder die reale Ausführung einer rechtlichen Verpflichtung, sondern nur an den rechtlichen Zwang gedacht sein kann, das ist, an die dem Schiffe auferlegte Verpflichtung, also an die rechtlich bestehende Gebundenheit desselben an die Handlungsweise, zu welcher dasselbe rechtlich gezwungen ist;

2. an der Verpflichtung der Schiffe, sobald ein Hafenlootse auf Seite kommt und übersteigt, denselben anzunehmen, sowohl nach der Natur und dem Zwecke dieser Einrichtung, als nach § 2 der revidirten Verordnung betreffend Benutzung des Hamburger Hafens vom 18. April 1866 gar kein Bedenken bestehen kann, umsoweniger als sogar, was übrigens für den Begriff eines Zwangslootsen nicht absolut erforderlich sein würde, eine Strafe für den Fall der Nichtbefolgung der Vorschrift angedroht ist, in § 26, welcher eine Strafclausel für alle Contraventionen gegen die Verordnung enthält, wie denn auch der Fall einer solchen Weigerung niemals vorgekommen und eben deswegen über die Folgen, welche dieselbe haben würde, ein Beispiel nicht anzuführen ist, wenn gleich unzweifelhaft auf den gewiß unmittelbar erfolgenden Bericht des Hafenmeisters sofort mit Strafe eingeschritten werden würde;

3. bei solcher Sachlage nach dem Sinn und Zweck der betreffenden Bestimmungen des H.-G.-B. die Rhederei das, was unter

Digitized by Google

dem Commando eines solchen Lootsen geschieht, als durch ihre Mannschaft oder deren frei gewählte Gehülfen gethan anzuerkennen, gewiß nicht verpflichtet sein kann,

4. da es ebensowenig Bedenken haben kann, daß Jemand, welcher ohne Weiteres als Lootse an Bord geht, das seemännische Commando an Bord führt und also das Schiff sich unter seiner Führung befindet, indem der Zweck seines Uebergehens an Bord gerade der ist, daß das Erforderliche zur Leitung des Schiffes mit der Specialkenntniß, welche allgemeine Seemannskunde von Anderen nicht zu erwarten ist, geschehe,

5. da an Anwendung dieser Sätze auch dadurch nichts geändert werden kann, daß die Hafenlootsen ursprünglich Gehülfen des Hafenmeisters genannt wurden, wie denn auch, wenn einmal der Hafenmeister selbst an Bord eines Schiffes gegangen sein und dort als Lootse fungiren sollte, an Anwendbarkeit des Art. 740 kein Zweifel bestehen würde,

daß unter Vorbehalt aller Rechtszuständigkeiten für beide Parteien hinsichtlich alles sonst Vorgebrachten, wie hiermit geschieht, festzustellen, daß die Rhederei des beklagtischen Schiffes, wofern zur Zeit des behaupteten Zusammenstoßes einer der Hafenlootsen die Führung der „Gabriele" gehabt hat, was schon anzunehmen ist, sobald ein solcher in dieser seiner Eigenschaft an Bord derselben übergegangen ist, auf Grund Art. 740 von aller Verantwortung wegen des behaupteten Unfalles freizusprechen, bis auf die vorgebrachte Replik, daß abseiten der Schiffsbesatzung die ihr obliegenden Pflichten nicht erfüllt seien, hinsichtlich welcher Replik den Klägern eine genauere Substantiirung bis nach Erledigung des Beweises der Einrede vorbehalten wird und demnach Beklagter schuldig sei zu beweisen:

daß sich die „Gabriele" zur Zeit des behaupteten Zusammenstoßes unter der Führung eines bei der Beweisantretung namentlich zu bezeichnenden Hafenlootsen befunden habe;

und solchen Beweis, Klägern Gegenbeweis vorbehältlich, innerhalb 14 Tage bei Strafe des Verlustes dieser Einrede,

Digitized by Google

anzutreten schuldig seien, wobei die Mitbenutzung der Verklarung vorzubehalten.

Erkenntniß des Handelsgerichts vom 8. Juni 1867 i. S. Schmilinsky & Comp. c. Cellier & Parrau als Garanten für das französische Dampfschiff Gabriele Capt. Morice.

Literärische Umschau.

Vergl. Bd. I, 108. 590; II, 228; III, 352; V, 512; VII, 126; IX, 37; X, 171. XI, 196; XII, 149.

36. **Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche** von Dr. Fr. von Hahn, Oberappellationsgerichtsrath ꝛc. ꝛc., II. Bd., zweite Abtheilung. Buch IV, Tit. II bis V des Handelsgesetzbuchs. Braunschweig, 1867. 553 Seiten. Nebst einem ausführlichen Sachregister über Text und Commentar der beiden ersten Bände.

Ueber den Plan und die Tendenz dieses Commentars hat sich die Redaction schon Bd. I, S. 110 und Bd. II, S. 228 ausgesprochen, und die erste Abtheilung des II. Bandes ist bereits Bd. VII, S. 128 angezeigt worden. Jetzt liegt nun der ganze Commentar, soweit er das Handelsrecht mit Ausschluß des Seerechts betrifft, als ein geschlossenes Ganzes vor. In der Anzeige S. 128, Bd. VII, ist eine nähere Besprechung des Commentars angekündigt; es wird aber diese, soweit eine specielle Kritik darunter zu verstehen ist, aus dem Grunde unterbleiben, weil umständliche Recensionen, da sie zu viel Raum einnehmen, dem Zwecke dieses Archivs nicht entsprechen, welcher auf ein allgemeineres Urtheil darüber, inwieweit der Verfasser eines Werkes seine Aufgabe gelöst hat, von nun an beschränkt werden soll. Daß die Lösung dieser Aufgabe aber dem Herrn Verfasser bezüglich des ersten und zweiten Buches Buches seines Commentars gelungen ist, das ist schon Bd. I, S. 110 und Bd. II, S. 128 bemerkt worden und es bleibt nur noch die angenehme Pflicht übrig, dasselbe Urtheil über den zweiten Band und somit über das ganze Werk, soweit es bis jetzt erschienen ist, auszusprechen.

Wir haben sehr classische Werke über das Handelsrecht, wie es sich nach dem neuen Handelsgesetzbuche gestaltet, die in Betreff der theoretischen Forschungen und der Ergebnisse der Praxis wenig zu wünschen übrig lassen, aber ein Werk der vorliegenden Art, wo der Verfasser Zeuge und Theilnehmer an den Commissionsverhandlungen war, und sonach tiefer als jeder Andere in ihren Geist und Sinn eingeweiht werden

Digitized by Google

mußte, existirt noch nicht. Mögen daher auch immer noch Verschiedenheiten in der Auffassung der einzelnen Artikel, sowie über den Sinn und Umfang der Commissionsverhandlungen herrschen, — das Schicksal aller Schöpfungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung — so wird doch der vorliegede Commentar als ein in seiner Art einziges Werk dastehen und bleibnden Werth für alle Zeiten behalten. D. Red.

37. **Hannoversches Handels-Firmen-Buch. Enthaltend die vollständigen Eintragungen der Handels-Firmen im vormaligen Königreiche Hannover in alphabetischer Ordnung nach den Ortsnamen und Firmen. Mit Angabe der Gebäude- und Einwohnerzahl, der Post-, Eisenbahn- und Telegraphen-Stationen bei jedem Handels-Orte. Nebst einem Verzeichnisse der Rechtsbeistände, der Mitglieder der Handelskammern ꝛc Erste Lieferung. Subscriptionspreis 10 Groschen für die Lieferung von 10 Quartbogen. Hannover, Klindworth's Verlag. 1867.**

Der Titel bezeichnet den Inhalt des Hannoverschen Handelsfirmenbuchs deutlich. In dem Prospecte ist noch Folgendes gesagt:

„Nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche sind die Eintragungen in die Handelsregister nach ihrem ganzen Inhalte in öffentlichen Blättern, deren Bestimmung jedem Gerichte überlassen ist, bekannt zu machen. Es ist daher als ein dringendes Bedürfniß für die Geschäftswelt zu bezeichnen, daß ihr diese in verschiedenen Blättern zur Publication gelangenden Bekanntmachungen in übersichtlicher Zusammenstellung zugängig werden. Ein solches Compendium über die im Gebiete des vormaligen Königreichs Hannover eingetragenen Firmen bietet das jetzt erscheinende „Hannoversche Handels-Firmen-Buch."

Um die Brauchbarkeit des Werkes noch zu erhöhen, werden aber nicht allein die Firmen-Eintragungen selbst vollständig gegeben, sondern es sind diesen Angaben über die Firmen-Inhaber, Procuristen, Handlungsbevollmächtigte, die Rechtsverhältnisse der Firmen ꝛc., auch Mittheilungen über die von denselben betriebenen Handelsgeschäfte hinzugefügt. Dadurch wird das Werk ein wirkliches „Adreß- und Geschäfts-Handbuch."

Es mußte ferner wünschenswerth erscheinen, über alle Orte, in welchen Handelsgeschäfte betrieben werden, statistische Nachweisungen zu erhalten; als solche findet man bei jedem Orte die Angabe der zuständigen unteren Verwaltungsbehörden und Gerichte, der Zahl der Wohngebäude und der Einwohner, auch nach den Religionsverschiedenheiten, sowie der Post-, Eisenbahn- und Telegraphen-Stationen."

Digitized by Google

Streng genommen gehört dieses schriftstellerische Erzeugniß weniger der juristischen als der Geschäftswelt an, und es ist in einem weit größeren Umfange schon da gewesen. Herr Dr. Löhr, der Herausgeber des Centralorgans, hatte mit dieser Zeitschrift ein auf alle deutsche Firmen sich erstreckendes Register (Firmenregister) verbunden, es ging aber dasselbe bald ein, weil sich die große Aufgabe nicht durchführen ließ, indem in der Firmenwelt täglich so vielfache Veränderungen vor sich gehen, wie in der Sternenwelt; täglich gehen neue Firmen auf, täglich gehen andere unter.

Es wurden mir nach dem Fehlschlagen des Löhr'schen Unternehmens Offerten ähnlicher Art gemacht; ich konnte mich aber nicht entschließen, darauf einzugehen; denn sogar in unserm kleinen Ländchen (60,000 und etliche hundert Seelen) ersah ich mit dem Erscheinen jedes öffentlichen Blattes jene täglichen Veränderungen in der Firmenwelt, und das hielt mich immer davon ab, selbst einer ähnlichen beschränkteren Unternehmung das Wort zu reden. Allein freilich muß erst die Stimme der Erfahrung sprechen, ehe sich ein bestimmtes und sicheres Urtheil fällen läßt, und wir wollen daher dem vorliegenden Hannoverschen Handelsfirmenbuche, von dem Nachträge selbstverständlich in Aussicht gestellt sind, den besten Erfolg wünschen. Die Verlagshandlung, — das Zeugniß muß Jeder unterschreiben — hat die Aufgabe, die sie sich gestellt, vollständig gelöst, und in der That Alles gethan, was sich thun ließ, um die praktische Brauchbarkeit des Buches zu erhöhen. Möge derselben auch ein ihr Unternehmen belohnender Erfolg zu Theil werden. D. Red.

38. Soeben erhalte ich durch die Güte des Herrn Verfassers zugesendet:

Das deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt von Dr. Wilh. Endemann, Prof. der Rechte und Oberappellationsgerichtsrath zu Jena. Zweite verbesserte Auflage. Heidelberg bei Bengel und Schmitt, 1868.

Der Umstand, daß wir schon nach sehr kurzer Zeit eine neue Auflage dieses Werkes begrüßen, ist der eclatanteste Beweis des Beifalls, den es gefunden hat und den es mit Recht verdient.

Der Herr Verf. bemerkt in der Vorrede zur zweiten Auflage, daß schon wegen Zeitkürze und weil so viele anderweite Ansprüche an seine Thätigkeit gemacht worden seien, an eine tiefere und eingreifende Revision nicht habe gedacht werden können, und daß er sich daher blos mit Verbesserungen habe begnügen müssen, die theils in Berichtigungen und Zusätzen, theils in Literaturnachträgen, und in der Beigabe eines Verzeichnisses zum Nachschlagen derjenigen Stellen, an denen die Artikel des Handelsgesetzbuchs sich benutzt finden, bestehen. — Die Seitenzahl beträgt 879, während die der ersten Ausgabe blos 859 Seiten umfaßte. —

D. Red.

Digitized by Google

Sachregister über den zwölften Band dieses Archivs.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Absonderungsrecht der Privatgläubiger eines socius, 3.

Accord, in dem Accorde mit einzelnen Gläubigern liegt noch keine Insolvenzerklärung, 415.

Actiengesellschaft, ausländische, mit juristischer Persönlichkeit bekleidete, hat auch in Preußen personam standi in jud., 216. Die Gläubigerschaft einer in Concurs gerathenen, ist keine handeltreibende Persönlichkeit, 224. S. Actienzeichnung. Generalversammlung.

Actienzeichnung, die, vor der Eintragung der A.-Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt, ist nur ein vorläufiges und bedingtes Versprechen, 169; auf welches das gem. bürgerl. Recht Anwendung findet, ebdas. Dieselbe begründet nur Rechte und Pflichten zwischen den Proponenten und den Subscribenten, ebdas. Wirkung einer bedingten Beitrittserklärung, ebdas.

actio redhibitoria und quanti min.; s. Klagen aus dem Aedilit. Edict.

Activa und Passiva, s. Haftbarkeit.

Aedilitisches Edict, s. Klagen aus demselben.

Agenten, deren Befugnisse, 382. Der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, ob sie zu den Handlungsbevollmächtigten zu zählen? 243. Wirkung der Handlungsweise derselben bei Heranlockung des Versicherungsnehmers auf den Versicherungsvertrag, ebdas. Fixirung der Beiträge im Gegensatz der Prämie, ebdas.

Anweisung, Regreßpflicht des Ausstellers und des Indossanten einer solchen, 279. Rechtliche Natur und Wirkung derselben, 286. Befriedigung der Gläubiger des Anweisenden aus der angewiesenen Forderung, 287.

Anzeige, s. Käufer u. Platzgeschäfte.

Appreteure, das Appretiren der Schafwollenwaaren fällt unter die im Art. 272 bezeichneten Handelsgeschäfte; Appreteure sind daher als Handelsleute anzusehen, 151.

Assignation, ob Stillschweigen des Assignatars oder dessen Aeußerung, die Aufforderung zur Kenntniß genommen zu haben, als Annahme der Assignation gelten könne? 190.

Aufträge sind streng auszuführen, 274.

Ausdruck „wie besehen." Dessen Bedeutung, 267.

Auslieferungsschein, die Uebergabe eines solchen gilt gleich der Tradition der Waare, 456.

B.

Befrachter, s. Frachtvertrag.

Bestellung, Ueberschreitung derselben, s. Vertrag.

Bierbrauer, der Ankauf von Hopfen zum Bierbrauen ist auf Seiten des Brauers kein Handelsgeschäft, 176.

Börse, s. Schlußzettel der Berliner.

Böschlootse, 469. 470. 473. 474.

Böskliche Handlungsweise. Begriff und ob auch Nachlässigkeit darunter zu verstehen? 464.

Bürgschaft, wenn ist sie ein Handelsgeschäft? 40; eines Kaufmanns für eine Handelsschuld, ob und wann sie ein Handelsgeschäft ist? für eine

Digitized by Google

Contocurrentforderung, 83. Habenposten im Contocurrent enthalten keine Zahlungen, 96. Im Contocurrentverhältniß finden die gesetzlichen Imputationsregeln keine Anwendung, ebdas.

C.

Clausel, des Fracht-Vertrages, s. Frachtvertrag.

Commanditgesellschaft, deren Haftpflicht trotz veränderter Firma, 254.

Commissionär, versendet die Waaren auf Gefahr seiner Committenten, 393 flg. Ob er befugt ist, wegen seiner Ansprüche auf den Committenten zu trassiren? ebdas. Von dem demselben gesetzten Verkaufslimitum, 18. Ob derselbe im Falle einer nach Art. 374 u. 375 erfolgter Veräußerung der Commissionswaaren Ansprüche auf die Commissionsgebühr von der dieser Veräußerung unterzogenen Waare erheben könne? 199. Verhältniß des durch ihn als Selbstcontrahenten begründeten Propregeschäfts zum gewöhnlichen Kaufgeschäfte, 344—347. Uebergang des Commissionsgeschäfts in ein Propregeschäft. 349. Ob er die für den Committenten auf Lieferung gekaufte, und ihm von dem Verkäufer zur Abnahme gehändigte Waare sofort am Abnahmetage für den Marktpreis verkaufen dürfe, ohne den Committenten hiervon in Kenntniß gesetzt und um Zahlungsmittel angegangen zu haben, 337. Dessen Verpflichtung zur Rechnungslegung 339. Dessen Befugniß als Selbstcontrahent einzutreten, 340. Deren Voraussetzungen, 349. S. Handelsmäkler. Handelsgewohnheiten. Zeugnisse.

Commissionsgeschäft, dessen Unterschied vom Lieferungskaufe, 11.

Compensation, s. Retentionsrecht.

Compromiß; ist es mit dessen rechtlicher Natur vereinbar, daß zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einem Mitgliede derselben die Generalversammlung als Schiedsrichter bestellt wird? 220. S. Schiedsgericht.

Concurs, s. Gemeinschuldner.

Connossement, Irrthum bei der Angabe des Maßes in demselben, 373.

Consumverein, die von ihm gemachte Anschaffung von Waaren sind absolute Handelsgeschäfte, auf die die Frage nach der Registrirungspflicht keinen Einfluß hat, 180.

Contocorrentverhältniß zwischen Kaufleuten ist ein untheilbares Ganzes, 279. S. Bürgschaft.

Contrahent, säumiger muß rechtzeitig erklären, daß er seinerseits nachträglich erfüllen wolle, 449 flg. Der nichtsäumige, welcher wegen Verzuges die Erfüllung zurückweisen will, ist nur zu der Anzeige hiervon und zur Gewährung einer Nachholungsfrist verpflichtet, ebdas. Erläuterung des Art. 356 flg.

Conventionalstrafe, aus einem Dienstvertrage, 7. Kann der Anspruch auf eine solche durch den Beweis des gänzlichen Mangels eines Interesse an der vertragsmäßigen Erfüllung ausgeschlossen werden? 275. Ob und wenn sie trotz der Annahme der verspäteten Leistung gefordert werden kann? 277. Interesse, das durch die Conventionalstrafe im Voraus bestimmt ist, kann nicht gefordert werden, wenn die Conventionalstrafe nicht mehr beansprucht werden kann, ebdas.

Creditverein, s. Vorschußverein.

D.

Darlehn, die Unverbindlichkeit eines zum Spiel gegebenen, wenn sie eintritt, 322.

Destinatär, s. Frachtgut.

Dienstvertrag, der vom Kaufmanne mit seinen Reisenden geschlossene, ist ein Handelsgeschäft, 259. Auf ein Jahr mit dreimonatlicher Kündigung, 384. Rechtliche Wirkung eines solchen bei stillschw. Fortsetzung, 384. S. Handlungsdiener. Handlungsgehülfe.

Dienstverhältniß, s. Dienstvertrag.

Disposition, durch Verfügung über die fehlerhafte Waare, wodurch sich der Käufer außer Stand setzt, dieselbe dem Verkäufer zurückzugeben,

Digitized by Google

begibt sich ersterer des Rechts, den Handel aufzulösen, 426.
Dispositionsstellung, 302. Ist nicht sowohl Bedingung, als rechtliche Folge der Erklärung des Käufers, daß er die Waare wegen contractwidriger Beschaffenheit nicht annehmen wolle, 426. Beweislast bei streitiger, 396 flg. S. Einrede der fehlerhaften Waare. Waaren.

E.

Effectenbörse, s. Schlußzettel der Berliner B.
Eid, ob der einer registrirten Gesellschaftsfirma, die nur auf den Civilnamen eines Gesellschafters lautet, angetragene Eid, von einem öffentlichen Gesellschafter, dessen Name in der Firma nicht mit erscheint, abgeleistet werden könne? 166.
Eide, die während des Processes abgetretenen Vorstandsmitglieder sind nicht zu schwören schuldig, 431. Sie können aber als Zeugen selbst nach abgelaufener Beweisfrist benannt werden, ebdas.
Einkaufscommissionär, Beweislast desselben bezüglich der probemäßigen Geschäftsausführung, 17.
Einlage, s. Gesellschafter.
Einrede der fehlerhaften Waare, 389. Beweislast, 390.
Eisenbahnen, zur Haftpflicht der, 20. Haftpflicht derselben für beschädigtes Frachtgut, bis zu welchem Zeitpunkte und unter welchen Voraussetzungen? 399. Beweislast, ebdas. Höhe des zu gewährenden Ersatzes, ebdas. S. Frachtführer.
Empfänger der Frachtgüter, s. Ladeschein.
Engagement, s. Handlungsgehülfe.
Entscheidungsgründe, werden nicht rechtskräftig, 462. Darum ist der Oberrichter nicht an dieselben gebunden und kann selbst einen in denselben reprobirten Klaggrund wieder herstellen, 462.
Erfüllungsort, s. Ort der Erfüllung.

F.

Factura, Ausstellungen gegen die facturirten Preise, müssen bald gemacht werden, 398. S. Kauf. Fautfracht, 361.
Feuerversicherung, der Ersatz des Schadens kann beim Verschweigen von Feuergefährlichkeit nicht verweigert werden, wenn der Agent dieselbe gekannt hat, 374. S. Police.
Firma. Was sie ist? 30. Die Personen, welche sie bilden, müssen benannt werden, 30 flg. Ob sie selbst klagen könne, 32. Pflicht des Klägers darzuthun, daß der Beklagte alleiniger oder Mitinhaber der Firma sei, 1. Woran erkennt man, daß im einzelnen Falle eine Gesellschaft unter ihrer Firma oder die einzelnen Gesellschafter geklagt haben, 39. S. Handelsfirma.
Fracht, ist erst zahlbar, wenn sämmtliche Frachtgüter abgeliefert sind, 410. Eine etwa entgegenstehende Usance würde ungültig sein, ebdas.
Frachtbrief, die Werthsangabe in demselben „valeur declaré à la douane" ist als der Eisenbahngesellschaft gegenüber abgegeben nicht anzusehen, 360.
Frachtführer, wer demselben gegenüber verpflichtet wird? 356. Kann der Ladungsempfänger durch die Annahme der Ladung allein und ohne Uebertragung des Ladescheins an ihn verpflichtet werden, den Frachtvertrag zu erfüllen? ebdas. Haftpflicht desselben, bes. der Eisenbahnen, wenn der Empfänger quittirt und in der Abnahme säumig ist, 351. Haftpflicht der Eisenbahnen für Leckage, 352. Steht das Recht, die Schädenklage gegen den Frachtführer anzustellen, dem Absender oder dem Empfänger zu? 353 flg. Die Modalität des von demselben zu bewirkenden öffentlichen Verkaufs eines Frachtstückes, 19. S. Ladeschein.
Frachtgut, Dispositionsrecht des Destinatärs über dasselbe vor Uebergabe des Frachtbriefs am Bestimmungsorte, 354. S. Retentionsrecht.
Frachtvertrag, Rücktritt des Befrachters von demselben wegen zufälliger Verzögerung der Reise, 362. S. Fautfracht. Clausel desselben, daß der Schiffer zur Meidung einer

Digitized by Google

Conventionalstrafe bei des Verfrachters Agenten zu clariren hat, 370. Ihre Bedeutung, ebdas.
Frist, die Erklärung, bis zu einem bestimmten Tage keine Execution zu beantragen, ist für eine Frist zu halten, welche erst mit dem genannten Tage endigt, 182. S. Lieferung.

G.

Gefäße, s. Platzgeschäft.
Gemeinschuldner, kann er während der Dauer des Concurses eine Provocation ex l. diff. anstellen? 379.
Generalagenten, von Feuerversicherungs-Gesellschaften, deren Stellung, 241.
Generalversammlung einer Actiengesellschaft, deren Beschluß über die Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statut beschränkte Dauer ist gültig, 255.
Genossenschaften, Rechtsfähigkeit derselben, deren Vertretung vor Gericht, 403—407.
Geschäft, fixes. Erklärung des Art. 357. 456.
Gesellschaft, stille, wenn sie nach Art. 250 vorhanden ist? 174.
Gesellschafter, kann er durch Mehrheitsbeschluß zur Erhöhung der Einlage verpflichtet werden? 250. Persönlich haftender, Einfluß des Austrittes eines solchen, und Eintritt eines neuen an seine Stelle auf den Bestand der Commanditgesellschaft überhaupt und der C.-G. auf Actien, 252. Offener hat, wenn er belangt wird, nicht die Einrede, daß die Gesellschaft erst ausgeklagt werden müsse, 411. Die Praxis gesteht aber einem inländischen Associé einer auswärtigen Firma eine solche zu, ausgenommen wenn es erwiesen ist, daß die ausländische Firma nicht zahlen könne, 412. S. Eid.
Gesetzentwurf, preußischer, s. Handelsmäkler.
Gesetzliche Vorschrift, wird dadurch nicht ungültig, daß ihre Anwendung zeitweilig erschwert wird, 443. S. Handelsmäkler. Verkäufer.
Gläubiger, s. Handelsbücher.
Gewichtsmanco, bei flüssigen Stoffen auf Eisenbahnen, 19.
Gütergemeinschaft, Bekanntmachung vertragsmäßiger Ausschließung derselben, 228.

H.

Haftbarkeit des Erwerbers der Firma und des Handelsgeschäfts für die von dem früherem Eigenthümer contrahirten Schulden, 229 flg.
Handwerker, welche den von ihnen angekauften Rohstoff verarbeitet weiter veräußern, inwieweit sind sie Kaufleute? 226.
Handel nach Probe, was er ist? 10.
Handelsbücher, ob die nach Art. 34 (Abs. 1) unbeschränkte Zeitdauer ihrer Beweiskraft auch dann stattfindet, wenn die eingeklagten Buchposten in die Zeit vor der Wirksamkeit des H.-G.-B.s fallen und im Sinne durch dieses beseitigten Particularrechts die Beweiskraft derselben an bestimmte Fristen gebunden war, 159. Wenn keiner der Streittheile Kaufmann ist, sind die geführten Geschäftsbücher keineswegs Handelsbücher im Sinne des H.-G.-B.s, und findet der Art. 37 desselben in solchem Falle keine Anwendung, 162. Verbindlichkeit zur Vorlegung der Geschäftsbücher an den in die Rechte eines Gesellschafters imittirten Gläubiger, 164. Und an die zur Bemerkung der Pfändungsbewilligung abgeordnete Gerichtsperson, ebdas.
Handelsfirma, inwieweit haftet der Uebernehmer einer solchen für die Handelsschulden des früheren Inhabers dieser Firma nach den Vorschriften des a. d. H.-G.-B.s, 48. Vorschläge zur gesetzlichen Regelung dieser Frage, ebdas. S. Firma.
Handelsgebrauch ist ungültig, wenn er gegen eine Vorschrift des H.-G.-B.s verstößt, 410. S. Handelsgewohnheiten.
Handelsgerichte, deren Competenz in Dienstverträgen eines Gastwirths, 21. Ihre Verfassung in Hamburg, 480. Obergericht und Oberappellationsgericht zu Lübeck, ebdas. S. Handelsgesellschaft.

Digitized by Google

Handelsgeschäft, zum Begriff desselben, 5. Zum Rechtsverhältniß einseitiger Handelsgeschäfte, ebdas. Zu ihrer Abschließung ist eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich, 291. Auch bei einer Entsagung auf Rechte aus einem Handelsgeschäfte bedarf es nicht der schriftlichen Abfassung, ebdas. Mündliche Abänderung eines nach älterem Rechte schriftlich zu errichtenden und schriftlich errichteten Vertrags unter der Herrschaft des H.-G.-B.s ist zulässig, 293. Mündliche Nebenabreden neben einem schriftlichen Handelsvertrage, 296. S. Appreteure. Bürgschaft. Consumverein. Rechtsgeschäft. Wechsel.

Handelsgesellschaft, die Geschäfte derselben sind nicht immer Handelsgeschäfte, 412. Insbesondere nicht der Ankauf von Mauersteinen zu Erbauung eines Hauses, ebdas. Offene, Beginn ihrer Existenz, 3. Was zum Nachweise ihres Vorhandenseins erforderlich ist, 248. Hat einer der Gesellschafter, nur eine, seine Betheiligung auf gewisse Vermögenseinlagen beschränkende Handelsgesellschaft abgeschlossen, so hat er diese Beschränkung Dritten gegenüber nachzuweisen, die ihn als Solidarschuldner in Anspruch nehmen, 248. 249. Ueber die stillschweigende Fortsetzung einer offenen mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters, 75. S. Liquidation.

Handelsgewerbe, um dessen Umfang zu beweisen, insbesondere ob es als Groß- oder Kleinhandel betrieben werde, genügt ein Handelsschematismus nicht, 156.

Handelsgewohnheiten, ihr Gegenstand kann nicht in der Annahme einer rechtlichen Wirkung des Stillschweigens bestehen, 340. Handelsgebräuche nach Art. 1 des H.-G.-B.s und die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten nach Art. 279. 344. S. Handelsgebrauch.

Handelskauf, 311. S. Waaren.

Handelsmäkler, wer nach Art. 343 unter einem solchen zu verstehen? 431. Ihre Vertretung, 442. 444. Vereidete, als Selbstcontrahenten nach der Usance der Berliner Börse, 347. Der preußische Gesetzentwurf, betreffend die Pflichten derselben, 134. S. Verkäufer.

Handelsregister, Vorschriften über die Eintragungen in dasselbe, 44. Insbesondere über die Veröffentlichungen aus demselben und über die Frage, wer die Kosten derselben zu tragen habe, 45. Vorschriften für die Steuerinspectionen und Untergerichte im Interesse der von den Obergerichten zu führenden Controle über die Eintragungen in das Handelsregister, 47.

Handelsvertrag, schriftlicher, kann durch einen späteren mündlichen abgeändert und aufgehoben werden, 325. 329.

Handlungsbevollmächtigter, Umstände, welche ergeben, daß ein solcher für den Principal aufgetreten ist, 38. Dessen Befugniß zur Proceßführung 235 flg. S. auch 238 flg. Und Handlungsgehülfen, durch die Bestimmungen des Art. 47 und 58 ist der Umfang der ihnen ertheilten Vollmacht nicht blos dem Dritten, sondern auch dem Principal gegenüber näher bezeichnet, 244.

Handlungsdiener, wichtige Gründe bezüglich seiner ungekündigten Entlassung nach Art. 64. 125. 170, 246.

Handlungsgehülfe, was bei einem Engagement desselben auf bestimmte Zeit und nach dessen Ablauf eintrete? 385.

J.

Inhaberpapiere, s. Sparcassenbücher.

Interesse, Zeitpunkt der Schätzung desselben für den Fall, daß bei einem Kaufe mit nicht festbestimmter Lieferungszeit der Käufer statt Erfüllung Schadensersatz liefert? 318. S. Conventionalstrafe.

Interpretation von Rechtsgeschäften. Verschiedene Regeln bei derselben, 274. Insbesondere beim Färben von Seide, ebdas.

Irrthum, in der Person des Contrahenten ist nicht immer ein wesentlicher, 35 flg., Ziff. 2, s. Connossement.

Digitized by Google

K.

Kauf, Abschluß desselben durch mit Factura zugesendete Waaren und theilweiser Bezahlung derselben, 35.
Kaufleute, ihr Verhältniß zu den Lehrlingen ist nach dem H.-G.-B. zu beurtheilen, 411.
Kaufmann, in seinem Handelsbetriebe. Interpretation dieser Worte im Art. 307. 7. S. Staat. Zinsverbindlichkeit.
Käufer, dessen Rechte, wenn ein Theil der Waare nicht vertragsmäßig beschaffen ist, 267 flg. Es ist zwischen dem Kaufe eines genus und einer species zu unterscheiden, 269. Der den Vertrag seinerseits nicht erfüllt, hat keinen Anspruch auf Schadenersatz und kann auch nicht auf Leistung der übrigen Lieferungen bestehen, 326. Die Ausübung des demselben nach Art. 355 zustehenden Wahlrechts, wenn es von einer Anzeige und Fristbewilligung nicht abhängig ist? 317. Ist nur verpflichtet, die empfangene Waare unverzüglich zu untersuchen und von den vorgefundenen Mängeln Anzeige zu machen, 425. Nur an die Unterlassung dieser Anzeige ist das Präjudiz der Annahme der Genehmigung geknüpft, ebdas. Dagegen ist der Käufer nicht verpflichtet, sich darüber zu erklären, ob er die Waare zur Disposition stellen oder für einen geringeren Preis behalten wolle, 426. Demselben steht, ungeachtet er die Waare zur Disposition gestellt, ein Retentionsrecht zu, 427. S. Disposition. Dispositionsstellung. Schadenersatz. Verkäufer.
Klagen aus dem Aedilitischen Edict sind begründet, wenn auch der bloße Keim zu einer Krankheit vorhanden war, 308.
Kläger, s. Firma.

L.

Ladeschein, der Inhalt desselben kommt ausschließlich für das Rechtsverhältniß zwischen Frachtführer und Empfänger der Güter in Betracht, 463. Ausstellung eines Ladescheins in zwei Exemplaren, so daß beide für einen gelten sollen, 357. Haftung des Schiffers, ebdas.
Lebensversicherung, geht der Anspruch auf die Versicherung verloren, wenn der Versicherte durch Trunksucht sein Leben verkürzt hat? 376.
Leckage, s. Frachtführer.
Lehrlinge, s. Kaufleute.
Leseverein, dessen Vertretung, 403.
Lieferung, die Abrede der sofortigen, ist streng zu erklären, 340. Ob und wann sie als festbestimmte Lieferungszeit nach Art. 357 zu betrachten sei? 320. Wie die nach Art. 356 dem säumigen Käufer zu gewährende Frist beschaffen sein müsse, 320 flg. Durch den Ausdruck „baldigst zu liefern" ist dem Art. 356 nicht genügt, 321. Geschuldete, s. Ort der Erfüllung.
Lieferungskauf und Commissionsgeschäft, 11.
Lieferzeit, festbestimmte, ob sie vorhanden, wenn bedungen worden, daß die Waaren nicht vor einem bestimmten Zeitpunkte zu liefern seien, 16.
Liquidation einer Handelsgesellschaft, über die Bedeutung derselben und Auslegung, sowie Zulässigkeit von vertragsmäßigen Festsetzungen bei deren Auflösung, 25. Ein Gesellschafter wird dadurch nicht berechtigt vor Vollendung der Liquidation Forderungen gegen den Anderen geltend zu machen, ebdas.
Literärische Umschau, 484.

M.

Mängel, s. Käufer.
Männerkrankenvereine, deren Vertretung, 455.
Marktpreis, dessen Bedeutung, 267 flg.
mora, s. Contrahent, säumiger. Käufer. Verkäufer.

O.

Ort der Erfüllung, welcher ist derselbe, wenn die Lieferung von einem bestimmten Orter ab versprochen ist? Wie sind die Worte des Art. 357 am Orte der geschuldeten Lieferung zu

Digitized by Google

verstehen? ebdas. Ist der Ort, an welchen franco zu liefern versprochen worden, 194.

P.

Pfand, richterliches, auch bei diesem hat der Art. 310 Anwendung, 186.
Platzgeschäfte, hat auch bei diesen der Käufer dem Verkäufer die Gefäße zur Aufnahme der Waare zu liefern? 386. Auf sie findet Art. 347, Abs. 1 keine Anwendung, 308. Dem mit der Gewährleistungsklage klagenden Käufer liegt der Beweis der geschehenen Anzeige ob, 309. Beweislast, 386.
Police, ist die Bedingung, daß der Entschädigungsanspruch binnen sechs Monaten nach dem Brande geltend zu machen sei, als Bedingung oder Verjährungsfrist anzusehen? 377.
Principal, s. Handlungsbevollmächtigter.
Procura, Erlöschen derselben, 34.
Provocatio ex l. diff., s. Gemeinschuldner.
Purgatio morae, s. Verzug.

R.

Rechtsgeschäft, ob es ein Handelsgeschäft sei, wonach dieses zu bemessen? 259.
Regreßpflicht, s. Anweisung.
relocatio, s. Handlungsgehülfe.
Retentionsrecht, Bedingungen seiner Geltendmachung, 458. 462. Dasselbe findet am Frachtgute wegen fälliger Frachtforderungen für früher geschehene Ablieferungen von Gütern statt, 414. Findet auch wegen cedirter Forderungen statt, ebdas. Gegen fällige Forderungen können unbetagte und illiquide nicht compensirt und ein Retentionsrecht kann nicht geltend gemacht werden, ebdas. In der Zusicherung comtanter Zahlung liegt ein Verzicht auf das Retentionsrecht, 415. Umfang desselben im Concurse, 8. Ist Amtswegen zu berücksichtigen, 9.

S.

Schaden, Ermittelung seiner Größe bei Zusammenstoß von Schiffen, 477.
Schadensersatz, Anspruch des Käufers auf solchen wegen Nichterfüllung bei marktgängigen Waaren mit festbestimmter Lieferzeit, 324.
Schafwollwaaren, s. Appreteure.
Schiedsgericht, ausländisches, Wirkung des Urtheils desselben, 221. Unbestimmtheit der Person der Schiedsrichter, ebdas.
Schiff, s. Zusammenstoß.
Schiffer ist als Sachkundiger in Bezug auf die Instandsetzung seines Schiffes zu betrachten und haftet für den durch seine Nachlässigkeit verursachten Schaden, 464. 467. Insbesondere auch wegen unterlassener Reinigung des Schiffes, ebdas. S. Ladeschein.
Schlußschein, Bedeutung dieses Ausdruckes im Schlußscheine, 267.
Schlußzettel der Berliner Börse, Abrede in demselben, daß der vertragsmäßig festgesetzte Lieferungstermin für beide Theile augenblicklich abgelaufen sein soll, wenn einer der Contrahenten durch Zahlungseinstellung unfähig wird, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, 101.
Schriftlicher Vertrag, s. Handelsvertrag, schriftlicher.
Schützenvereine, ihre Vertretung, 405. 406.
Schuldübergang, s. Haftbarkeit.
Seerecht, Excurse zu einigen Theilen desselben, 105. Von der Versicherung gegen die Gefahren der Schifffahrt, 105 flg. Allgemeine Grundsätze, 110 flg. Anzeigen bei dem Abschlusse des Vertrags, 122 flg. Verpflichtung des Versicherten aus dem Versich.-Vertrage, 125.
socius, s. Absonderungsrecht.
Sparcassen, ob sie Handelsgeschäfte treiben und als Kaufleute anzusehen sind? 153.
Sparcassenbücher, sind sie zum Schutze des Eigenthümers gegen Dritte außer Cours zu setzen? 288. Charakter der Inhaberpapiere, namentlich gegenüber den Papieren, in denen eine bestimmte Person als Gläubiger bezeichnet ist (Sparcassenbücher), 289. Eigenschaft der Sparcassenbücher als Beweisurkunde oder bewegliche Sache, ebdas. Uebereig-

Digitized by Google

nung eines Sparcassenbuchs durch Uebergabe oder Cession, ebdas.
Spediteur, das im Art. 380 bezeichnete Maß seiner Haftpflicht und dessen Beweispflicht kann vertragsmäßig beschränkt werden, 201. Umfang der dem Spediteur nach Art. 382 (Abs. 1) gebührenden Beträge, 206. Dessen Berechtigung auf die ihm zur Spedition übergebenen Waaren im Falle des Art. 314 ein Retentionsrecht geltend zu machen, 188. S. Retentionsrecht und Stoppage in transitu. Waare.
Spiel, s. Darlehn.
Schriftliche Form, s. Vertrag. Handelsgeschäft.
Staat, wenn er als handeltreibende Persönlichkeit zu betrachten? 224. S. Actiengesellschaft.
Stoppage in transitu, wenn sie begründet ist? 459. 460 flg. Das Recht derselben steht nicht dem Spediteur zu, ebdas. und 462.

T.

Trunksucht, s. Lebensversicherung.

U.

Uebergabe, zur Lehre von der U. der verkauften Waare, 11.
Umschau, literärische, 149. 484.
universitas, s. Vereine.
Untersuchungspflicht, der von auswärts erhaltenen Waaren, ob sie bei Kriegsgefahr wegfalle? 395 flg. S. Käufer.
Urtheil, handelsgerichtliches ausländisches, wodurch ein Falliments-Verfahren eröffnet wird, kann im Inlande nicht vollstreckt werden. 219.
Usance, wenn sie nicht zu attendiren ist, 446. S. Handelsgebrauch.

V.

Vereine, ihre Vertretung, 407.
Verfolgungsrecht des Absenders, s. Stoppage in transitu.
Verkauf, öffentlicher, s. Frachtführer.
Verkauf, s. Verkaufsclausel
Verkaufsclausel: die, „zahlbar gegen Tratten des Verkäufers" berechtigt diesen von dem Käufer die Annahme der gezogenen Wechsel und event. Schadensersatz zu fordern, 303.
Verkäufer, dessen mora ertheilt dem Käufer das Wahlrecht, 15. Rücktrittsrecht desselben wegen mora des Käufers, 311. Dessen Berechtigung die Waare im Falle der mora des Käufers öffentlich zu verkaufen, 431. Unterschied der Stellung des Verkäufers und derjenigen des Käufers beim Verzuge des anderen Theils, 439. Erklärung der hierhergehörigen Artikel des H.-G.-B.s, 439 flg. Der Selbstverkauf ohne Zuziehung eines Mäklers oder obrigkeitl. Beamten ist ausgeschlossen, 440. 447. Erklärung der Art. 343. 354. 355. 357, 441. Auffassung des Sinnes des Art. 343 nach den Auslegern und der Praxis, 442. Eine gesetzliche Vorschrift kommt dadurch nicht außer Kraft, daß ihre Anwendung schwierig wird, 443. Ausnahme hiervon, wenn keine geeigneten Mäkler zu finden sind, 444. Frist, welche derselbe dem Käufer zur Erfüllung noch zu gewähren hat, 393. Darf, wenn ihm die erfolgte Theillieferung nicht vollständig bezahlt ist, die ferneren Lieferungen unterlassen, 326. 337. S. Käufer.
Verklarung, Erfordernisse einer beweisenden, 471. 472.
Versicherung der Ladung eines Schiffs, 479.
Versicherungsgesellschaft, Umfang der Pflicht des Versicherungsnehmers, jede schon auf denselben Gegenstand geschlossene Versicherung anzuzeigen, 374.
Versprechen, das, sich bei dem Gläubiger einfinden und die Forderung begleichen zu wollen, ist kein verbindliches, 198.
Vertrag, dessen Abschluß durch stillschweigende Willenserklärung, insbesondere bei Ueberschreitung einer Bestellung, 299.
Vertragsabschluß, unbedingter, wer diesen zu beweisen habe? 392.
Verzug, dessen purgatio, 449. S. mora.
Verzugszinsen, von wo an sie laufen? 398.
Vollmacht, mündliche genügt, wenn das Rechtsgeschäft auch nur auf

Digitized by Google

Seiten des einen Contrahenten ein Handelsgeschäft ist, 266. S. Handlungsbevollmächtigte.
Vorschußvereine sind als collective Personeneinheiten zu betrachten, 407. Und Creditvereine, deren Vertretung, 404. Sind als Rechtssubjecte zu betrachten, ebdas.
Vorstand, s. Eid.

W.

Waaren, Prüfung und Dispositionsstellung derselben, 12. Nothwendigkeit der Untersuchung, 13. Beweislast, 14. Von einem anderen Orte übersendete, ob sie an den Käufer abgeliefert und von demselben empfangen werden muß? 310. Uebergabe derselben zu Handen des Spediteurs. 311. S. Auslieferungsschein. Einrede der fehlerhaften W. Käufer. Uebergabe. Verkaufte, Verfügungsrecht über dieselben, 43.
Waarenlieferung, die unterschriftliche Bestätigung des Kaufmanns über eine ihm gemachte Waarenlieferung genügt zum Beweise des Empfanges, 192. Unanwendbarkeit der deßfallsigen Vorschriften des gemeinen Rechts, ebdas.
Wahlrecht, s. Käufer.
Wandelungsklage, s. Klagen aus dem Aedilitischen Edict.
Wechsel, ist der von einem Kaufmanne zur Deckung einer Nichthandelsschuld gezeichnete Wechsel und die zur Deckung dieser Wechselschuld geschehene Cession einer Forderung als ein Handelsgeschäft anzusehen? 261.
Werthangabe in einem Frachtbriefe, s. Frachtbrief.
Werthspapiere au porteur, zur Lehre von denselben, 8.
Wollmarktusance, 311.

Z.

Zeugnisse der Commissionäre der Oel- und Productenbörse zu Leipzig sind nicht öffentliche Urkunden, 2.
Zinsverbindlichkeit nach Art. 289, Bedingung ihrer Entstehung, 224.
Zusammenstoß von Schiffen. Was hat der schuldige Theil zu ersetzen? 475. Die Art. 736—741 finden auch auf Elbdampfboote Anwendung, 478. 479. Rechtsfall, 468. Verstoß gegen die Bekanntmachung v. 1. Mai 1863, ebdas. Wenn eine gegenseitige Verschuldung behauptet wird, 471 flg. 473 flg. Wird die Schuld vermuthet, wenn ein vor Anker liegendes Schiff angesegelt worden ist? 474—478. 479.
Zwangslootse, ob eine Pflicht vorliegt, einen solchen zu nehmen? 470. 471. Der von der Löschstation eingenommene kann für einen solchen nicht gehalten werden, 474. Die Führung des Schiffes durch einen Zwanglootsen befreit den Rheder von aller Schuld, 482. Hafenlootsen erscheinen als Zwanglootsen, 482.
Zweifel. Was bedeuten die Worte: „im Zweifel," 5.

Digitized by Google

Quellenregister über den zwölften Band dieses Archivs.

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
1. (208.)	Eine nach den Gesetzen ihres Sitzes mit juristischer Persönlichkeit bekleidete ausländische Actiengesellschaft hat diese Eigenschaft, insbesondere das jus standi in judicio auch in Preußen, ohne daß es einer landesherrlichen Genehmigung der Gesellschaft für Preußen bedarf, 218.
1. 336. 615 H.-G.-B. 40. 51 des Hamb. Einf.	409. 410.
3.	Wirkung des Urtheils eines ausländischen Schiedsgerichts. Unbestimmtheit der Person der Schiedsrichter, 221.
3.	Ein im Auslande ergangenes handelsgerichtliches Urtheil, wodurch ein Fallimentsverfahren eröffnet wird, kann im Inlande nicht vollstreckbar erklärt werden, 219.
3. (137. 142.)	Ist es mit der rechtlichen Natur des Compromisses vereinbar, daß zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und einem einzelnen Mitgliede derselben die Generalversammlung der Gesellschaftsmitglieder als Schiedsrichter bestellt werde, 220.
4. 10. 271.	Competenz der Handelsgerichte in Dienstverträgen eines Gastwirths (Hotelier), 21.
4. 271, 1. Abs.	Das Appretiren der Schafwollenwaaren fällt unter die im Art. 272 (Abs. 1) bezeichneten Handelsgeschäfte, 151. Appreteure sind daher als Handelsleute anzusehen, ebendas.
4. 271.	Inwieweit sind die Handwerker, welche den von ihnen angekauften Rohstoff verarbeitet weiter veräußern, als Kaufleute anzusehen? 226. 227.
4. 5. 289.	Der Staat ist, wenn er den Bau und Betrieb einer Eisenbahn unternimmt, in der hierauf bezüglichen Thätigkeit als handeltreibende Persönlichkeit zu betrachten. Die Gläubigerschaft einer in Fallitzustand gerathenen Actien-Gesellschaft ist keine handeltreibende Persönlichkeit. Damit die besondere Zinsverbindlichkeit des Art. 289 des H.-G.-B.s entstehe, ist erforderlich, daß zur Zeit der Fälligkeit einer aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrührenden Forderung Kaufleute sich als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, 224.
5. 272.	Sparcassen, welche nur den Zweck haben, den ärmeren Volksclassen die Gelegenheit zur sicheren Aufbewahrung, Verzinsung und allmähligen Vermehrung kleiner Ersparnisse darzubieten und deren

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
	Ueberschuß nur zu gemeinnützigen und wohlthätigen Localzwecken verwendet werden darf, ermangeln des charakteristischen Merkmales als Handelsgeschäftes, nämlich der auf Gewinn gerichteten Absicht. Sie sind daher nicht als Kaufleute zu betrachten, 153.
10. 272. 273.	Ein Handelsschematismus genügt nicht, den Umfang zu erweisen, in welchem das Handelsgewerbe (also als Groß- oder Kleinhandlung) betrieben werde, 156.
12. 13. 19. 86.	Verordnung des Obergerichts zu Cassel über die Führung und Veröffentlichungen im Handelsregister, 43.
13. (8.)	Oeffentliche Bekanntmachung vertragsmäßiger Ausschließung der Gütergemeinschaft, 228.
14.	Von wem sind die Kosten der Veröffentlichungen zu tragen? 45.
15.	Firma, 30.
15.	Die Personen, welche eine klagende oder verklagte Firma bilden, müssen benannt werden, 30.
15. 17. 111.	Ueber die Frage, ob die Firma, bezüglich die durch sie bezeichnete Gesellschaft selbst klagen könne, 32.
22.	Beantwortung der Frage: Inwieweit haftet der Uebernehmer einer Handelsfirma für die Handelsschulden des früheren Inhabers dieser Firma nach den Vorschriften des allgemeinen deutschen H.-G.-B.s und Vorschläge zur gesetzlichen Regelung dieser Frage, 48 flg.
22. (15. 23. 25. 111. 113.)	Haftbarkeit des Erwerbers der Firma und des Handelsgeschäfts für die von dem früheren Eigenthümer contrahirten Schulden, 229.
26.	Pflicht der Steuerinspectionen und Untergerichte bezüglich der Führung der Handelsregister, 47.
34.	Die nach Art. 4, Abs. 1 H.-G.-B. für die Handelsbücher unbeschränkte Zeitdauer der Beweiskraft hat auch dann Anwendung, wenn die eingeklagten Buchposten in die Zeit vor der Wirksamkeit des H.-G.-B.s fallen und im Sinne des durch dieses beseitigten Particularrechts die Beweiskraft der Handelsbücher an bestimmte Fristen gebunden war, 159. 160.
37.	Wenn keiner der beiden Theile Kaufmann ist, sind die etwa geführten Geschäftsbücher keineswegs Handelsbücher im Sinne des H.-G.-B.s, daher hat Art. 37, betreffend die Vorlage der Bücher im Laufe des Rechtsstreites, in solchen Fällen keine Anwendung, 162.
37. 126.	Dem Gläubiger eines öffentlichen Gesellschafters, welcher durch eine bewilligte Execution in die Rechte eines Gesellschafters getreten ist, kann die Vorlage und Einsichtnahme desjenigen Geschäftsbuches, worin die Geschäftseinlage und der Gewinnantheil des öffentlichen Gesellschafters verbucht sind, ebensowenig, als dem zum Behufe der Anmerkung der Pfändungsbewilligung in dem bezüglichen Geschäftsbuche abgesendeten Gerichtsabgeordneten verweigert werden, 164.
41 flg. zu Buch I, Tit. 5 u. 6.	Die Befugnisse des Agenten, 382.
47.	Befugniß der Handlungsbevollmächtigten zur Proceßführung, 235.
47.	Fähigkeit und Befugniß der Handlungsbevollmächtigten zur Proceßführung, 238.
47. (58.)	Durch die Bestimmungen des Art. 47. 58 H.-G.-B. ist der Umfang der dem Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen er-

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
	theilten Vollmacht nicht nur Dritten gegenüber, sondern auch zugleich dem Principal selbst gegenüber näher bezeichnet, 244.
47.	Sind Agenten der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu den Handlungs-Bevollmächtigten zu zählen? Wirkung der Handlungsweise des Agenten bei Heranlockung des Versicherungsnehmers auf den Versicherungsvertrag. Fixirung der Beiträge im Gegensatz der Prämien, 243.
47. 49. 289.	Stellung der Generalagenten von Feuerversicherungs-Gesellschaften, 241.
52. 53.	Der Kläger muß darthun, daß der Beklagte alleiniger oder Mitinhaber der Firma sei, 1.
52. 357.	1. Annahme eines Kaufabschlusses beim Behalten mit Factura zugesendet erhaltener Waaren und bei theilweiser Bezahlung derselben. 2. Der Irrthum über die Bezeichnung des nach Namen, Charakter und Wohnort bestimmten Contrahenten zu einem früher unmittelbar sinnlich wahrgenommenen Individuo ist nicht überall ein wesentlicher. 3. Umstände, welche nach Art. 52 des a. d H.-G.-B. ergeben, daß ein Handlungsbevollmächtigter für den Principal aufgetreten ist, 35 flg.
54.	Erlöschen der Procura, 34.
57 flg., Buch I, Tit. 6.	S. 411.
61.	Ist ein Handlungsgehülfe auf eine bestimmte Zeit engagirt, so tritt nach Ablauf dieser Zeit keine stillschweigende relocatio auf eine bestimmte Zeit ein, sondern es sind für die spätere Zeit des Dienstverhältnisses lediglich die Bestimmungen des Art. 61 maßgebend, 385.
61.	Dienstvertrag auf ein Jahr mit dreimonatlicher Kündigung. — Rechtliche Wirkung eines solchen Vertrages bei stillschweigender Fortsetzung, 384.
64. (125. 170.)	Wichtige Gründe in Art. 64. 125. 170 H.-G.-B., namentlich bezüglich der angekündigten Entlassung eines Handlungsdieners. Branntweintrinken desselben. Unterlassener Einspruch gegen die Entlassung. Annahme des Dienstzeugnisses und Bewerbung um ein anderes Dienstverhältniß als Beweis der stillschweigenden Genehmigung seitens des entlassenenen Handlungsdieners, 246.
66—87.	Zeugnisse der Commissionäre der Oel- und Productenbörse zu Leipzig sind nicht öffentliche Urkunden, 2.
88—89.	Beginn der Existenz einer Handelsgesellschaft, 3.
85. (112. 163.)	Zum Nachweise des Vorhandenseins einer offenen Handelsgesellschaft bedarf es eines Weitern nicht, als daß dargethan wird, daß die zusammengetretenen Personen sich zu der Betreibung eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma vereinigt haben. Hat dagegen die eine dieser Personen nur eine, ihre Betheiligung auf gewisse Vermögenseinlagen beschränkende Handelsgesellschaft abgeschlossen, so ist es ihre Sache, diese Beschränkung ihrer Betheiligung nachzuweisen, wenn sie von einem Dritten, der mit der Gesellschafts-Firma contrahirt hat, als Solidarverpflichtete in Anspruch genommen wird, 248.
92.	Kann der Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluß zur Erhöhung der Einlage verpflichtet werden? 250.
92. 112. 122. 280. 281.	S. 411. 412.

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
111.	Woran erkennt man, ob im einzelnen Falle eine Gesellschaft unter ihrer Firma oder die einzelnen Gesellschafter geklagt haben, 39.
111. 117.	Der einer registrirten Firma, welche zwar einem Gesellschaftsunternehmen angehört, jedoch nur aus dem Civilnamen seines öffentlichen Gesellschafters ohne einen das Gesellschaftsverhältniß andeutenden Beisatz besteht, angetragene Eid kann rechtsgültig auch von einem öffentlichen Gesellschafter abgelegt werden, dessen Namen in der Firma nicht erscheint, 166.
122.	Absonderungsrecht der Privatgläubiger eines Socius, 3.
123, Ziff. 5.	Ueber die stillschweigende Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters, 75.
130. 199.	Einfluß des Austrittes eines persönlich haftenden Gesellschafters und Eintritt eines neuen Gesellschafters an seine Stelle auf den Bestand der Commanditgesellschaft überhaupt und der Commanditgesellschaft auf Actien insbesondere, 252.
133. 136. 137. 144.	Nach Auflösung der Handelsgesellschaft erhält dieselbe in den Liquidatoren ihre Organe für die Wahrnehmung und Geltendmachung der aus dem Gesellschaftsverhältnisse herrührenden Rechte, die einzelnen Gesellschafter als solche sind nicht mehr zur Vertretung des Gesellschaftsvermögens oder ihres Antheils daran befugt, 253.
140. 144.	Wenn die Mitglieder einer Handelsgesellschaft bei deren Auflösung einzelne Bestimmungen über Vertheilung gewisser Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens treffen, so berechtigt dieß nicht den einen Gesellschafter zu Forderungen gegen den andern vor Vollendung der Liquidation. Ueber die Bedeutung der Liquidation und über Auslegung sowie Zulässigkeit von vertragsmäßigen Festsetzungen überhaupt, 25.
199.	Ist festgestellt, daß eine Commanditgesellschaft auf Actien trotz veränderter Firma mit einer andern gleichartigen Gesellschaft identisch ist, so haftet der Gerant der neuen Gesellschaft für die von dem Geranten der älteren Gesellschaft contrahirten Schulden, 254.
Zu Buch III.	Die Rechtsfähigkeit der Genossenschaften, 403—407.
208. 211.	a. Die Actienzeichnung vor der Eintragung der Actiengesellschaft in das Handelsregister ist nicht als Beitritt zur letztern, sondern nur als eine vorläufige Zusage zu betrachten, der Gesellschaft als Mitglied beizutreten, wenn der Vertrag (behördlich genehmigt und) registrirt sein wird, 168. 169. b. Auf eine solche Vereinbarung sind die Bestimmungen des a. bürgerl. Rechts über Verabredungen eines künftigen Vertrages anzuwenden, 169 flg. c. Nach Art. 211 begründet die unter a. bemerkte Actienzeichnung nur Rechte und Pflichten zwischen den Proponenten — nicht der Gesellschaft selbst — einer- und den Subscribenten andererseits, ebdas. d. Der in die Beitrittserklärung aufgenommene Satz, daß sich die Actiengesellschaft constituirt, wenn bis zu einem bestimmten Tage sämmtliche Actien gezeichnet sind, hebt die Verbindlichkeit des Subscribenten auf, wenn die Bedingung nicht eingetreten ist, ebdas.
214. (209. 215. 242.)	Beschluß der General-Versammlung einer Actiengesellschaft, betr. die Fortsetzung der Gesellschaft über die im Statut beschränkte Dauer, 255.
250. 253.	Wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
	Andern mit einer Vermögenseinlage in der Art betheiligt, daß ihm ein aliquoter Theil der Geschäftslösung im Allgemeinen und außerdem ein noch günstiger ausgemessener Antheil des Gewinnes bestimmt bezeichneter Geschäfte zufallen soll, so ist, falls bei ungünstigem Fortgange des Geschäfts die Einlage dem theilweisen oder gänzlichen Verluste preisgegeben ist, im Sinne des Art. 250 eine stille Gesellschaft vorhanden, 174.
271.	Der Ankauf von Hopfen zum Bierbrauen ist auf Seite des Brauers kein Handelsgeschäft, 176.
271.	Die von einem Consumverein gemachten Anschaffungen von Waaren sind absolute Handelsgeschäfte, auf deren Beurtheilung die Frage nach der Registrirungspflicht der genannten Vereine keinen Einfluß hat, 180.
271 flg. (286.)	Die Beurtheilung darüber, ob ein Rechtsgeschäft als Handelsgeschäft zu betrachten sei, ist von verschiedenen thatsächlichen Voraussetzungen abhängig, über welche sich auszusprechen dem Gegentheil Gelegenheit gegeben werden muß, 259.
271—275. 6. 29 des Hamb. Einf.	S. 412.
273. 274. 317.	Ist der von einem Kaufmanne zur Deckung einer Nicht-Handelsschuld gezeichnete Wechsel und die zur Deckung dieser Wechselschuld geschehene Cession einer Forderung als ein Handelsgeschäft anzusehen? 260. 261.
274.	Die Bürgschaft eines Kaufmannes für eine Handelsschuld ist ein Handelsgeschäft, sofern nicht der Beweis geführt wird, daß die Bürgschaft nicht zum Handelsgewerbe des Bürgen gehört, 264.
273. 274.	Der vom Kaufmanne mit einem Reisenden geschlossene Dienstvertrag ist ein Handelsgeschäft, 259.
274 u. 273.	Was bedeuten die Worte: „im Zweifel?" Zum Begriff Handelsgeschäft, 5.
277.	Das Rechtsverhältniß einseitiger Handelsgeschäfte, 5.
277. (273. 247. 317).	Der Art. 317 des H.-G.-B.s gehört zu denjenigen Bestimmungen des IV. Buches des H.-G.-B.s, welche auf beide Contrahenten Anwendung finden, wenn das Rechtsgeschäft auch nur auf Seiten des einen Contrahenten ein Handelsgeschäft ist. Daher ist zur Giltigkeit des von dem Bevollmächtigten eines Nichtkaufmannes mit einem Kaufmanne abgeschlossenen Handelsgeschäfts eine mündliche Vollmacht des Bevollmächtigten ausreichend, 266.
278.	Das Zugeständniß, bis zu einem bestimmten Tage keine Execution zu führen, ist für eine Frist zu verstehen, welche nicht mit dem genannten Tage endigt, 182.
278. 343. 357. 436.	Bedeutung des Ausdruckes „wie besehen" im Schlußschein. Rechte des Käufers, wenn ein Theil der Waaren nicht vertragsmäßig beschaffen ist. Bedeutung von Marktpreis, 267.
281.	Wann ist die Bürgschaft ein Handelsgeschäft? 40.
282.	Färben von Seide. Versehen des Bestellers. Stricte Ausführung des Auftrages oder Anfrage beim Besteller, 274.
284.	Zur Lehre der Conventionalstrafe aus einem Dienstvertrage, 7.
284. (220. 398.)	Kann der Anspruch auf Conventionalstrafe durch den Beweis des gänzlichen Mangels eines Interesse an der vertragsmäßigen Erfüllung ausgeschlossen werden? 275.
284. (220. 398.)	Ist auf die nicht rechtzeitige Erfüllung eines Vertrages eine Conventionalstrafe gesetzt, so hat derjenige, welcher trotz der Annahme

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
	der verspäteten Leistung die Conventionalstrafe beansprucht, den Beweis des bei der Annahme gemachten Vorbehaltes zu führen. Ist das Interesse, welches bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung zu vergüten ist, durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt, so kann, wenn diese Conventionalstrafe nicht gefordert werden kann, überhaupt das Interesse wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung nicht mehr beansprucht werden, 277—78.
291. (130.)	Das Contocurrent-Verhältniß zwischen Kaufleuten bildet ein untheilbares Ganzes. Wenn ein Socius also aus einer Handelsgesellschaft ausscheidet, und im Augenblick des Ausscheidens die Gesellschaft Schuldner eines Bankiers war, so haftet der ausgeschiedene Socius, wenn das Verhältniß zwischen Gläubiger und Gesellschaft fortgesetzt wird, und mit einem niedrigeren Saldo zu Lasten der Gesellschaft endigt, für diesen letzteren solidarisch. Er darf die nach seinem Ausscheiden von der Gesellschaft gemachten Zahlungen nicht nach den Regeln einer civilrechtlichen Imputation zunächst auf den früheren Saldo in Anrechnung bringen. Diese Zahlungen sind vielmehr nur als Factoren des im schließlichen Saldo sich darstellenden Gesammtergebnisses des ganzen Contos aufzufassen, 279.
291. 281.	Die Bürgschaft für eine Contocurrentforderung, 83.
300.	Rechtliche Natur und Wirkung der Anweisung. Befriedigung der Gläubiger des Anweisenden aus der angewiesenen Forderung, 286.
300.	Regreßpflicht des Ausstellers und des Indossanten einer Anweisung, 279.
301 flg.	Charakter der Inhaber-Papiere, namentlich gegenüber den Papieren, in denen eine bestimmte Person als Gläubiger bezeichnet ist (Sparcassenbücher). Eigenschaft der Sparcassenbücher als Beweisurkunde oder bewegliche Sache. Uebereignung eines Sparcassenbuches durch Uebergabe oder Cession, 289.
307.	Zur Interpretation dieses Artikels, 7.
307 flg.	Sind die Sparcassenbücher zum Schutze des Eigenthümers gegen Dritte außer Cours zu setzen? 288.
308 verb. mit § 17 des sächs. Einf.-Ges.	Zur Lehre von Werthpapieren au porteur, 8.
310.	Der Art. 310 hat auch im Falle des richterlichen Pfandes Anwendung, 186.
313.	S. 414.
313.	Retentionsrecht, 8.
313. 314. 315.	Der Spediteur ist berechtigt, auf die ihm zur Spediton übergebene Waare im Falle des Art. 314 ein Zurückbehaltungsrecht aus Forderungen geltend zu machen, welche ihm gegen einen zweiten Kaufmann aus zwischen ihnen beiderseitigen Handels-, wenn auch nicht Speditions-Geschäften zustehen, 188.
314.	S. 415.
315. 347. 348, Abs. 2.	S. 416.
317.	Mündliche Nebenabreden neben einem schriftl. Handelsvertrage, 296.
317.	Bei Handelsgeschäften ist zur Gültigkeit der Willenserklärungen eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich. Die Vorschrift des Art. 317 findet auch auf die Entsagung der Forderung aus einem Handelsgeschäft Anwendung, 291.

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
317.	Haben die Parteien unter der Herrschaft des H.-G.-B.s und dessen Form-Vorschriften entsprechend mündlich über einen Gegenstand des Handelsgewerbes einer Partei contrahirt, so kann die formelle Rechtsgültigkeit dieses Vertrages nicht dadurch Abbruch leiden, daß durch denselben der frühere, nach den damals zur Norm dienenden Bestimmungen des allg. Landrechts schriftlich abgeschlossene Vertrag Abänderungen erfahren hat, 293.
318 flg. 347.	Abschluß eines Vertrages durch stillschweigende Willenserklärung, insbesondere bei Ueberschreitung einer Bestellung. Dispositionsstellung, 299.
322. 356 357.	S. 430.
323.	a. Daraus, daß der Assignatar die von dem Assignaten ausgehende Aufforderung, diesen statt des Assignaten als Schuldner anzunehmen, unbeantwortet ließ, kann die Annahme der Assignation von Seiten des Assignatars nicht gefolgert werden. b. Auch die Aeußerung des Assignatars, diese Aufforderung zur Kenntniß gekommen zu haben, ja selbst dessen an den Assignatar gerichtete Aufforderung zu zahlen, lassen für sich allein den Schluß auf die Annahme der Assignation nicht zu, 190.
324. 342. 357.	Welches ist der Ort der Erfüllung, wenn die Lieferung der Waaren „von einem bestimmten Orte ab" versprochen ist? Wie sind die Worte im Art. 357: „am Orte der geschuldeten Leistung" zu verstehen? 304.
324 flg.	Die Verkaufs-Clausel „zahlbar gegen Tratten des Verkäufers" berechtigt diesen, wenn er seinerseits den Vertrag erfüllt hat, von dem Käufer die Annahme der gezogenen Wechsel und im Verweigerungsfalle Schadensersatz zu fordern, 303.
324. 345.	Das angenommene Offert, eine Waare franco nach einem bestimmt bezeichneten Orte zu liefern, macht den letzteren zum vertragsmäßig festgesetzten Orte der Erfüllung, 194.
324.	a. Die mit der eigenhändigen Unterfertigung versehene Bestätigung des Kaufmanns über eine ihm gemachte Waarenlieferung genügt zum Beweise der empfangenen Waare. b. Daher sind die Anordnungen des gemeinen Rechts über die bei Schuldverschreibungen zu beobachtenden Förmlichkeiten auf solche Empfangsbestätigungen nicht anwendbar, 192.
324. 342. 351. 355. 356. 357.	Hat auch bei dem Platzgeschäfte der Käufer dem Verkäufer die Gefäße zur Aufnahme der Waare zu liefern? — Beweislast je nach der processualischen Lage, je nach den Behauptungen der Parteien, 386.
325.	Die von Seite des Schuldners ausgehende Erklärung, sich im Wohnsitze des Gläubigers einfinden und die Forderung begleichen zu wollen, schließt das verbindliche Versprechen, sich wirklich auszugleichen und zu zahlen im Allgemeinen, oder wohl gar insbesondere an dem Orte des angesonnenen Ausgleichs zu zahlen, nicht in sich, 198.
328. 331.	Abrede in den Schlußzetteln der Berliner Börse, daß der vertragsmäßig festgesetzte Lieferungstermin für beide Theile augenblicklich abgelaufen sein soll, wenn einer der Contrahenten durch Zahlungseinstellung unfähig wird, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, 101.
332.	S. 431.

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
337.	Probe, um dem Besteller über die Beschaffenheit der Waare Kenntniß zu verschaffen, begründet den Handel nach Probe, 10.
339. 347. 359.	Dispositionsstellung eines Theils der Lieferung. — Der Käufer erklärt einen Theil der vertragsmäßig in einer bestimmten Qualität zu liefernden Sendung für fehlerhaft; Beweislast dieserhalb, 389.
342.	Verfügungsbefugniß über verkaufte Waaren, 43.
342. 345.	Zur Lehre von der Uebergabe verkaufter Waaren, 11.
342 u. 356	Der Klage des Käufers auf Schadensersatz setzt der Verkäufer die Einrede entgegen, daß der Verkauf nur ein bedingter gewesen, und die Bedingung nicht erfüllt worden sei. — Die Frist, welche der Verkäufer dem Käufer nachträglich zur Erfüllung seiner Verpflichtungen noch zu gewähren hat, 392.
343. 354. 357.	S. 432.
343. 354. 357.	S. 444.
345. 347. 361.	Der Commissionär versendet die Waaren auf Gefahr seines Committenten. — Verhinderung der sofortigen Untersuchung der von auswärts übersandten Waaren durch vis major (Kriegsgefahr). Der Commissionär ist nicht befugt (bei mangelnder Uebereinkunft) wegen seiner Ansprüche auf den Committenten zu trassiren, 393.
347.	Der Art. 347 findet auf Platzgeschäfte keine Anwendung. — Dem mit der Gewährleistungs-Klage klagenden Käufer liegt in Ansehung der Anzeige die Beweislast ob, 308.
347. 349.	Prüfung und Dispositionsstellung der Waare, 12.
347.	Genügt es zur Wandelungs- und Minderungs-Klage, daß zur Zeit der Uebergabe des verkauften Thieres der bloße Keim zu einer Krankheit vorhanden war? 307.
347.	Beweislast bei streitiger Dispositionsstellung. Behauptung des Käufers, daß ihm eine bestimmte Bonification für den jährlichen Umsatz bewilligt worden; Einfluß des Umstandes, daß in den Rechnungsabschlüssen der vorhergehenden Geschäftsjahre von einer solchen Bonification ebenfalls nicht die Rede ist, 396.
347. 289. 10.	Einwendungen gegen die facturirten Preise und Qualität der Waaren. Einwendungen gegen die beanspruchten Verzugszinsen aus dem Grunde, weil kein Zahlungsziel vereinbart sei, 398.
348. (343. 344. 345. 346. 347. 355. 407.)	Der Art. 348 setzt nicht voraus, daß die von einem anderen Orte übersendete Waare an den Käufer abgeliefert und von demselben in Empfang genommen ist, 310.
354.	Handelskauf. Uebergabe der Waare zu Händen des Spediteurs. Wollmarkts-Usance. Rücktrittsrecht des Verkäufers wegen mora des Käufers, 311.
354. 357.	S. 445.
355.	Die Ausübung des dem Käufer in Art. 355 eingeräumten Wahlrechts ist von einer Anzeige und Fristbewilligung in dem Falle nicht abhängig, wenn der Verkäufer bereits erklärt hat, die Waaren überhaupt nicht übergeben zu wollen, 317.
355 u. 356.	S. 447.
355. 357.	Das Wahlrecht bei der mora des Verkäufers, 15.
356	Zeitpunkt der Schätzung des Interesses für den Fall, daß bei einem Kaufe mit nicht festbestimmter Lieferzeit der Käufer wegen Verzuges des Verkäufers statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, 318.

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
356.	Der Art. 356 des H.-G.-B.s verpflichtet den nichtsäumigen Contrahenten, welcher wegen des Verzugs des andern Contrahenten die Erfüllung zurückweisen will, zwar zu der Anzeige, daß er die Erfüllung ablehne und zur Gewährung einer Nachholungsfrist; jedoch muß in letzterer Beziehung der säumige Schuldner mit einer Erklärung, daß er seinerseits nachträglich erfüllen wolle, rechtzeitig hervorgehen, 449.
356. 357.	a. Die Abrede der sofortigen Lieferung ist, namentlich wenn die Lieferung von einem anderen Orte her erfolgen soll, als eine festbestimmte Zeit im Sinne des Art. 357 nicht anzusehen. b. Die nach Art. 356 dem säumigen Verkäufer zu gewährende angemessene Frist muß eine bestimmte sein, dergestalt, daß sie sich auf einen Kalendertag berechnen läßt; mit der Aufforderung des Käufers an den Verkäufer, „baldigst" zu liefern, ist dem Art. 356 nicht genügt, 320.
357.	Die Bestimmung, daß verkaufte Waaren nicht vor einem gewissen Zeitpunkte zu liefern sein sollen, enthält keine festbestimmte Lieferungszeit im Sinne des Art. 357. 16.
357.	S. 455.
357.	Die Unverbindlichkeit eines zum Spiel gegebenen Darlehns tritt nur ein, wenn es ausdrücklich zu diesem Zwecke gegeben ist, 322.
357, Abs. 3.	Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines über Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, mit festbestimmter Lieferzeit geschlossenen Vertrages; Anspruch auf Preisdifferenz und ausweislich höheren Schaden; Substantiirung dieses letzteren Anspruches, 324.
359. 317.	a. Ein schriftlicher Handelsvertrag kann durch einen späteren mündlichen ergänzt, abgeändert und auch aufgehoben werden. b. Der Verkäufer ist, wenn ihm die erfolgte Theillieferung nicht dem Vertrage gemäß vollständig baar bezahlt ist, befugt, die ferneren Lieferungen zu unterlassen. c. Der Käufer, welcher den von dem Verkäufer erfüllten Theil des Vertrages seinerseits nicht erfüllt, hat keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen unterbleibender weiterer Erfüllung seitens des Verkäufers und kann auch nicht auf Leistung der rückständigen Lieferungen bestehen, 325. 326.
368u. 360.	Lieferungskauf und Commissionsgeschäft, 11.
361. 1. 279.	Verpflichtung des Commissionärs zur Rechnungslegung; Auslegung des Stillschweigens einer Partei als Gegenstand einer Handelsgewohnheit, 339.
361. 371.	Darf der Commissionär die für den Committenten auf Lieferung gekaufte, und die ihm vom Verkäufer zur Abnahme gekündigte Waare sofort am Abnahme-Tage für den Marktpreis verkaufen, ohne dem Committenten von der erfolgten Kündigung unter Aufforderung zur Gewährung der Zahlungsmittel für seinen Verkäufer benachrichtigt zu haben? 337.
362.	Des Einkaufscommissionärs Beweislast der probemäßigen Geschäftsausführung, 17.
363.	Zur Lehre von dem dem Commissionär gesetzten Verkaufslimitum, 18.
371. 374. 375.	Im Falle der nach dem Art. 374 und 375 stattfindenden Veräußerung der Commissionswaaren kann der Commissionär einen An-

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
	spruch auf die Commissionsgebühr von der dieser Veräußerung unterzogenen Waare nicht erheben, 199.
376. (1. 279. 69, Nr. 1.	Das durch den Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahenten begründete Propregeschäft im Gegensatz zum gewöhnlichen Kauf- und Verkaufsgeschäft; Handelsgebräuche nach Art. 1 und die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach Art. 279 a. a. O.; vereidete Handelsmäkler als Selbstcontrahenten nach der Usance an der Berliner Börse, 344.
376.	Uebergang des Commissionsgeschäftes in ein Propregeschäft. Die Befugniß des Commissionärs, als Selbstcontrahent aufzutreten, setzt voraus, daß er seinen Entschluß manifestirt, und davon dem Committenten Anzeige macht. Der Fall des Al. 3, Art. 376 gibt nur dem Committenten das Recht, den Commissionär als Selbstverkäufer anzusehen, nicht aber dem Commissionär die Befugniß, als solcher aufzutreten, und daraus herzuleiten, daß ihn der Committent als Selbstverkäufer ansehen müsse, 348.
376.	Befugniß eines Commissionärs, als Selbstcontrahent in ein commissionirtes Geschäft einzutreten, 340.
380.	Es ist gestattet, das im Art. 380 bezeichnete Maß der Haftung des Spediteurs, sowie die darin ausgesprochene Beweislast vertragsmäßig zu beschränken, 201.
382.	Zu den nach Art. 382 (1. Absatz) dem Spediteur gebührenden Beträgen gehören auch die Entlohnung des Rechtsfreundes und der Ersatz der Kosten für die nothwendig gewordenen gerichtlichen Schritte und der öffentlichen Veräußerung, sowie die Stempelgebühr für die nach erfolgter Befriedigung des Spediteurs auszustellende Quittung und endlich im Falle der Abwesenheit des letzteren vom Orte der Veräußerung, eine Provision für den im Interesse des Spediteurs einschreitenden Intervenienten und das Postporto für die übersendete Geldsendung, 206.
382.	S. 457.
395.	Ueber die Haftpflicht des Frachtführers, besonders der Eisenbahnen, wenn der Empfänger quittirt und in der Abnahme säumig ist, so wie über die Haftpflicht der Eisenbahnen für Leckage. Steht das Recht, die Schädenklage gegen den Frachtführer anzustellen, dem Absender oder dem Empfänger zu? 350.
393. 395. 423 u. 424.	Haftbarkeit der Eisenbahn für beschädigtes Frachtgut bis zu welchem Zeitpunkte und unter welchen Voraussetzungen? Beweislast. Höhe des zu gewährenden Ersatzes, 399.
402 (382. 405. 416.	Dispositionsrecht des Destinatärs über das Frachtgut vor Uebergabe des Frachtbriefs am Bestimmungsorte, 354.
406. (405. 416. 417. 419.)	Frachtgeschäft. Kann der Ladungsempfänger durch die Annahme der Ladung allein und ohne Uebertragung des Ladescheins an ihn verpflichtet werden, den Frachtvertrag zu erfüllen? 356.
407.	Die Modalität des von einem Frachtführer zu bewirkenden öffentlichen Verkaufs eines Frachtstückes, 19.
413—418. 647. 661.	Ausstellung eines Ladescheines in zwei Exemplaren, so daß beide für einen gelten sollen. Haftung des Schiffers, 357.
413. 15 des Hamburg. E.-G.	S. 431.
415.	S. 463.

Digitized by Google

Art. des H.-G.-B.	Inhalt der Erörterungen und Nachweisung der Seitenzahlen.
424.	S. 463.
426.	Gewichtsmanco bei flüssigen Stoffen auf Eisenbahnen, 19.
427.	S. 463.
427 u. 395.	Zur Haftpflicht der Eisenbahnen, 20.
427, Nr. 1, (396).	Die Werthsangabe in einem Frachtbriefe unter der Rubrik: „valeur declaré à la douane" ist als der Eisenbahngesellschaft, welche mit diesem Frachtbriefe die Waaren aus dem Auslande übernommen hat, gegenüber abgegeben nicht anzusehen, 360.
560, Abs. 2, 607.	S. 464.
639. (584. 631. 642.)	Fautfracht. Rücktritt des Befrachters von dem Frachtvertrage wegen zufälliger Verzögerung der Reise, 361.
653.	Ueber die Bedeutung der Clausel des Frachtvertrages, daß der Schiffer zur Vermeidung einer Conventionalstrafe bei des Befrachters Agenten zu clariren hat, 370.
658.	Irrthum bei der Angabe des Maßes im Connossement, 373.
782—823.	Von der Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt, 105. Allgemeine Grundsätze, 110. Anzeigen beim Abschluß der Vertrags, 122. Verpflichtung des Versicherten aus dem Versicherungsvertrage, 125.
810.	Die in den Police-Bedingungen einer Versicherungsgesellschaft dem Versicherungsnehmer ganz allgemein aufgelegte Pflicht, jede anderweit schon auf den Versicherungsgegenstand geschlossene Versicherung bei Verlust des Entschädigungsanspruches anzuzeigen, beschränkt sich nicht blos auf die anderweiten Versicherungen durch den Versicherungsnehmer, sondern findet auch für die dem Letzteren bekannten Versicherungen dritter Personen statt, 374.
810.	Die Clausel einer Versicherungspolice, wornach der Versicherte den Entschädigungsanspruch verlieren soll, wenn in dem Versicherungsantrage nicht alle auf die Feuergefährlichkeit einwirkenden Umstände angegeben waren, kann von der Versicherungsgesellschaft nicht geltend gemacht werden, wenn der Agent derselben selbst den Versicherungsvertrag geschrieben und sich vor Abschluß des Versicherungsvertrages von dem Vorhandensein der in demselben nicht angegebenen, auf die Feuergefährlichkeit einwirkenden Umstände in den versicherten Localien Kenntniß verschafft hat, 374.
835, Nr. 4.	Geht der Anspruch auf die Versicherungssumme verloren, wenn der Versicherte durch übermäßigen Genuß von Spirituosen sein Leben verkürzt hat? 376.
910.	Ist die Policenbedingung, daß der Entschädigungsanspruch binnen 6 Monaten nach dem Brande anhängig zu machen sei, als eine Bedingung oder ein Vertrag über die Verjährung aufzufassen? Begriff der Anhängigmachung, 377.

Leipzig, Druck von Giesecke & Devrient.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google